Edición Nº 04 - Febrero 2013

DISSÊRTUM

La expresión de lo justo…

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

Universidad de La Sabana

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de La Sabana

Directora:

Sandra Milena Cortés Jiménez

Consejo editorial

Sandra Milena Cortés Jiménez
Juan Arturo González Rojas
Julián David Ruiz Rondan

Diana María Gómez Hoyos (profesora coordinadora)

Columnistas invitados

Juan David Baquero Torres
Ana Milena Carranza Carranza
Sandra Milena Cortés Jiménez
Javier Alexander Escobar Castiblanco
Aura Carolina Lozano Ortiz
Martha Angélica Salinas Arenas
Diana Carolina Sánchez Vera
Sofía Vargas Lozada

Edición, diseño, diagramación y publicación electrónica

Hipertexto Ltda.
www.hipertexto.com.co

Contenido

DISSÊRTUM

Universidad de La Sabana

Editorial 5

Artículos de investigación 9

11 ..... La reforma constitucional como mecanismo para reversar derechos adquiridos

33 ..... Aplicación de los Convenios 151 y 154 de la OIT al derecho de negociación colectiva de los empleados públicos en Colombia

57 ..... La eficacia directa del Derecho Comunitario europeo y su protección jurídica en los sujetos particulares

Artículos de reflexión 83

83 ..... Apreciaciones sobre el Título Preliminar y la principialística en el nuevo Código General del Proceso

Reseñas 90

92 ..... Napoleón Bonaparte

99 ..... Definición de las primeras leyes en Colombia a la luz del Derecho Romano y español antiguo

Entrevista 109

111 ..... Anécdotas y reflexiones del Dr. Gabriel Mora Restrepo, fundador de la Revista *DISSÊRTUM*

Editorial

Es verdaderamente un motivo de alegría tener a mi cargo la dirección de esta revista de estudiantes en su cuarto número virtual, máxime cuando en este año celebramos los 30 años de fundación de nuestra querida Facultad, cuando curso mi décimo semestre académico y ya casi se cumplen 20 años desde que un estudiante que ante la realidad nacional de la época decidió crear la Revista *DISSÊRTUM* como un mecanismo de *"Expresión de lo justo"*. Aquel estudiante es conocido y profundamente apreciado por todos: Se trata de nuestro maestro el Doctor Gabriel Mora Restrepo.

Sea esta la oportunidad para agradecer a la Comisión de Facultad por la confianza depositada en mí al designarme como directora de la Revista. Pero esto no hubiera sido posible sin un primer voto de confianza: el de la Doctora Diana María Gómez (nuestra Profesora Coordinadora) y el del Profesor José Julián Suárez, quienes postularon mi nombre ante la mencionada Comisión. A ellos mi eterno y sincero agradecimiento.

En este tiempo que he venido desempeñándome como directora, hemos iniciado el camino para que esta Revista sea indexada. La Revista *DISSÊRTUM* ya está registrada en el Directorio de Proveedores de la Biblioteca Nacional de Colombia y estamos ad portas de obtener nuestro código ISSN, lo cual constituye un verdadero avance en la medida que con esto se facilitará el acceso de los lectores a *DISSÊRTUM* y porque ésta tendrá reconocimiento internacional.

Además, hemos sido especialmente exigentes con la selección de los artículos académicos que se depositan para publicación. Pretendemos que la Revista cuente con escritos sobre temas jurídicos y políticos que aunque elaborados por estudiantes se caractericen por su pertinencia y calidad de contenidos.

Como Directora de la Revista, pero sobre todo como estudiante de Derecho y futura jurista, quiero presentar a la comunidad académica algunas reflexiones sobre nuestra profesión y la importancia de la investigación. En primer lugar, debo resaltar que la labor del jurista reviste hoy una vital importancia en la cotidianidad de nuestra sociedad. Es que en manos de los abogados está el desarrollo de tareas inaplazables como la defensa de los derechos fundamentales, la de velar por la convivencia pacífica y la de proponer las soluciones jurídicas para garantizar un verdadero desarrollo de nuestros municipios, ciudades y del país en un mundo que cada vez está más globalizado.

Quien quiera ser un excelente jurista debe encontrar en el Derecho su verdadera vocación. Y esta vocación implica ante todo, disposición para el servicio a la comunidad.

Servir a la comunidad desde el ejercicio de la ciencia jurídica implica asumir el reto de no callar ante evidentes injusticias que buscan obtener cabida en nuestra sociedad mediante falsos argumentos que tienden a ser acogidos por las mayorías, por ejemplo, la aparente defensa de los derechos de las mujeres que pretenden dejar de lado el derecho a la vida de los más indefensos; la creación de tributos que termina por generar más desigualdades; la corrupción en el manejo de las entidades del Estado y de los recursos públicos; la toma de decisiones (como la aprobación del "matrimonio" entre parejas del mismo sexo y de la adopción de niños por parte de estas) que ponen a la familia –célula básica de la sociedad- en riesgo de desaparecer, entre muchas otras que son avaladas por una jurisprudencia carente de argumentos sólidos, justos y coherentes con la Constitución y la Ley.

Así, esta Revista es un espacio para que los futuros juristas propongan desde el ámbito académico las soluciones posibles ante los problemas jurídicos y políticos actuales y para iniciar y desarrollar sanos y respetuosos debates que nos permitan acercarnos a la verdad. Pero este propósito solamente se puede alcanzar partiendo desde la investigación y el estudio serio. Y estos deben realizarse teniendo en cuenta que el mundo – y muy especialmente nuestra patria- requiere abogados que no solo sean buenos técnicos del derecho, sino renovados defensores de la dignidad del ser humano.

Esta Revista está abierta para estudiantes de Derecho y también de Ciencias Políticas. Todos están siempre invitados a participar, bien sea a partir de su lectura o de la elaboración de artículos, pues la política y el derecho coinciden en la búsqueda del bien común y del orden social justo, tarea que sin duda, está en nuestras manos.

Artículos de investigación

La Reforma Constitucional como mecanismo para reversar derechos adquiridos [1]

Primer puesto, décima versión, concurso de ensayo jurídico Octavio Arizmendi Posada

Martha Angélica Salinas Arenas[2]

RESUMEN

El acto legislativo 01 de 2005 adicionó algunos incisos y parágrafos al artículo 48 Superior en los cuales se eliminó del derecho a la negociación colectiva lo referente a pensiones, así como suprimió a partir del 31 de julio de 2010, toda norma que sobre el particular estuviese contemplada en un pacto o convención colectiva y que fuese a su vez fuese más favorable al trabajador. Dicha disposición va en contravía de los principios y derechos fundamentales del trabajo reconocidos en los Convenios 87 y 98 de la OIT, que protegen el derecho de negociación colectiva y que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Así mismo, éste acto aumenta la edad de jubilación para hombres y mujeres colombianos; elimina la mesada 14; extingue los derechos adquiridos de los trabajadores y trabajadoras que ya contaban con una legítima expectativa de pensión; elimina después del 31 de julio de 2010 los regímenes pensionales especiales, situación que afecta la proscripción constitucional establecida en el artículo 58 mediante la cual se garantizan los derechos adquiridos, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Además, es viable evidenciar una posible sustitución, fenómeno que se da cuando principios y/o valores esenciales son remplazados por otros opuestos, generando como consecuencia que la Constitución reformada no sea la misma que inspiró al Constituyente original.

PALABRAS CLAVE

Acto legislativo, sustitución, derechos adquiridos, convención colectiva, pacto colectivo.

ABSTRACT

Legislative Act 01 of 2005 added a few paragraphs and paragraphs of Article 48 Higher which eliminated the right to collective bargaining regarding pension and removed from the July 31, 2010, any rule on the matter was contemplated in an agreement or collective agreement. This provision goes against the principles and core labor rights recognized in Conventions 87 and 98 of the ILO, which protect the right to collective bargaining and are part of the constitutional. Also, this act increases the retirement age for men and women Colombians, eliminated the counter 14; extinguishes acquired rights of workers who already had a legitimate expectation of pension, removed after July 31, 2010 regimes special pension, which affects the constitutional proscription in Article 58 which are guaranteed by acquired rights, which can't be ignored or violated by subsequent legislation. In addition, it is feasible to demonstrate a possible replacement, a phenomenon that occurs when principles and / or core values are replaced by other oppositions,

creating the effect that the revised Constitution is not the same that inspired the original constituent.

KEY WORDS

Legislation, replacement, acquired rights, collective agreement, collective agreement.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 además de establecer un estado constitucional instituye el estado social de derecho respaldado en una serie proscripciones determinadas en los artículos 1, 2, 13, 25, 48, 48, 53, 58 entre otros así como la inclusión de Convenios Internacionales en materia laboral a través de la figura del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, a partir del acto legislativo de 2005, y su vigencia desde el 31 de julio de 2010 se evidencia un desconocimiento de los derechos de los trabajadores pues ya no se da la progresividad que desde sus inicios la Corte Constitucional había garantizado a través de su doctrina constitucional.

Por ésta razón, es preciso en éste particular citar a manera de ejemplo la petición elevada ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT en el año 2007, queja radicada como el Caso 2434 (Colombia) que presentaron algunos sindicatos, y sobre el acto legislativo en estudio el Comité de Libertad Sindical ha aconsejado al gobierno colombiano que adopte las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento y que realice consultas para encontrar una solución negociada aceptable para todas las partes interesadas en el tema de las pensiones, asegurando que a través de la negociación colectiva se pueden mejorar las prestaciones legales sobre pensiones. Hasta la fecha el Gobierno colombiano ha hecho caso omiso a las recomendaciones de la OIT y el 31 de julio de 2010 se suprimieron en Colombia todas las normas convencionales que contienen pensiones.

Por otro lado, desde mayo de 2007 se presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH, para preservar los derechos fundamentales que asisten a los trabajadores y que son violados y amenazados por el Gobierno colombiano con la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005. Esta denuncia quedó radicada en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, bajo el número P-703-07.

2. JUSTIFICACIÓN

Hasta antes de la vigencia del acto legislativo 01 de 2005 los trabajadores del sector público y privado tenían unas expectativas con respecto a sus sistema de seguridad social consagrado en regímenes especiales, pactos y/o convenciones colectivas y ley 100 de 1993. Sin embargo so pretexto de la insostenibilidad del sistema general de seguridad social el Congreso tomó medidas que fueron regresivas en cuanto a los derechos de los trabajadores vulnerando normas constitucionales como los son los Convenios 98 y 87 de la OIT, así como el artículo 58 Superior. Es necesario por ello construir un estudio académico en aras de instaurar los parámetros constitucionales y legales que se vieron vulnerados con ésta reforma, así como la argumentación jurídica necesaria para respaldar tales criterios.

3. OBJETIVOS

3.1 Objetivo general

- Establecer si el Congreso desconoció el derecho de negociación colectiva, al eliminarse la posibilidad de establecer condiciones diferentes a las del Sistema General de Pensiones mediante transacción laboral.

3.2 Objetivos específicos

- Identificar si se incurrió en un vicio de trámite del Acto Legislativo 01 de 2005, por haber omitido el Estado Colombiano los tratados internacionales sobre negociación colectiva laboral antes de la entrada en vigencia del referido acto reformatorio constitucional.
- Examinar si la Corte Constitucional tiene competencia para examinar la Constitucionalidad de los actos legislativos por vicios de fondo.
- Analizar bajo los parámetros de la Doctrina Constitucional si en el acto legislativo 01 de 2005 hubo sustitución o mutación de la Constitución.

4. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Se desconoció el derecho de negociación colectiva, al eliminarse la posibilidad de establecer condiciones diferentes a las del Sistema General de Pensiones mediante convenciones colectivas?

¿Se incurrió en vicio material con el Acto Legislativo 01 de 2005, por haber omitido el Estado colombiano los tratados internacionales sobre negociación colectiva laboral con la entrada en vigencia del referido acto reformatorio constitucional?

5. METODOLOGÍA

No podría considerarse válida la idea de que es doctrina jurisprudencial cualquier concepto aislado en una alta Corte, por ello, lo primero que se hará es identificar la ratio decidendi dentro de los precedentes, pero alcanzar dicho fin se hace necesario analizar cuál es la esencia de los pensamientos de la Corte. Ello se hace a través de una revisión en perspectiva amplia, a través de la construcción de líneas jurisprudenciales, desarrollando el análisis dinámico y estático propuesto por Diego Eduardo López Medina. Para que se pueda establecer si hay una verdadera doctrina en una idea y no un hecho aislado, se construirá la línea como un método de análisis de la doctrina constitucional, y de ésta manera determinar cuál es la subregla de las reglas amplias de marco constitucional una vez interpretadas. Identificadas esas subreglas a través del método de la línea, conozco la doctrina, y ésta ya es objeto de análisis, será como si, de manera análoga, en ciencias naturales se apartara una célula del organismo vivo para poder analizarla y estudiarla.

6. DESARROLLO

6.1 Derecho de asociación

El derecho de negociación ha tenido una evolución y un amplio desarrollo normativo que incluyen no sólo lo estipulado en la Carta Política de 1991 sino instrumentos internacionales que lo proscriben y lo salvaguardan, así, es dable citar

entre otros el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificados por Colombia mediante ley 74 de 1968; los convenios de la OIT 87 y 98 ratificados por Colombia mediante las leyes 26 y 27 de 1974 en su orden.

Los preceptos constitucionales sobre los cuales se funda el andamiaje del derecho de asociación podrían resumirse básicamente en el artículo 39[3], 55[4] y 56[5] Constitucionales. Esto por cuanto sería impensable la idea de negociar colectivamente sin la existencia de un sindicato así como no se podría hacer uso del derecho a la huelga previa negociación colectiva.

La Corte Constitucional se ha referido al tema y ha establecido que para el pleno ejercicio del derecho de asociación se hace necesario garantizar el derecho de negociación así:

> *"El derecho de negociación colectiva es consustancial con el derecho de asociación sindical; su ejercicio potencializa y vivifica la actividad de la organización sindical, en cuanto le permite a ésta cumplir la misión que le es propia de representar y defender los intereses económicos comunes de sus afiliados, y hacer posible, real y efectivo el principio de igualdad (art. 13 C.P.), si se tiene en cuenta, que dicha organización, por su peso específico, queda colocada en un plano de igualdad frente al patrono. Se busca cumplir así la finalidad de "lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social"* [6]

Es necesario hacer una especial mención sobre el derecho de negociación reconocido a los empleados públicos pues la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del Convenio 151 de la OIT se pronunció al respecto en los siguientes términos

> *(…) conforme a la Constitución, las condiciones de trabajo (funciones y remuneración) de los empleados públicos son determinadas unilateralmente por el Estado, por lo cual pareciera que los artículos 7º y 8º de la convención bajo revisión no pudieran ser aplicados a este tipo específico de servidores públicos, y que entonces fuera necesario que se condicionara la exequibilidad de esas disposiciones. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con los trabajadores oficiales, que tienen un derecho de negociación pleno, la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas no puede llegar a afectar la facultad que la Carta confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Esto significa que la creación de mecanismos que permitan a los empleados públicos, o sus representantes, participar en la determinación de sus condiciones de empleo es válida, siempre y cuando se entienda que en última instancia la decisión final corresponde a las autoridades señaladas en la Constitución, esto es, al Congreso y al Presidente en el plano nacional, y a las asambleas, a los concejos, a los gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales, que para el efecto obran autónomamente.* [7]

Así pues, termina argumentando la Corte que no es necesario condicionar los artículos 7 y 8 del convenio, pues a pesar de la restricción hecha a los empleados públicos es legítimo que intentes desarrollar instancias para lograr una solución concertada en caso de un eventual conflicto entre éstos y las autoridades. Sin embargo, a pesar de existir toda esta normatividad en el ámbito del derecho a la negociación el acto legislativo 01 de 2005 resulta bastante lesivo pues ordena expresamente la extinción de los beneficios convencionales en materia pensional, así como una sujeción a las condiciones pensionales establecidas en la normatividad vigente del Sistema General de Pensiones.

6.2 Acto legislativo 01 de 2005, por el cual se adiciona el art. 48 Superior

El acto legislativo 01 de 2005 adiciona algunas disposiciones en materia pensional para salvaguardar, dice la exposición de motivos la sostenibilidad financiera, pues, el sistema de seguridad social en pensiones se hace insostenible teniendo en cuenta que la carga pensional es bastante grande y los recursos limitados.

Por ello, el Congreso de la República, expide éste acto legislativo[8] en el que grosso modo se termina con los regímenes especiales, se limita el derecho a la negociación colectiva, se acaba con la mesada 14, desconociendo por lo menos a *priori* derechos a los trabajadores que les han sido reconocidos constitucionalmente. En lo que refiere concretamente a las convenciones y pactos colectivos, éste acto legislativo se establece en los siguientes términos:

> *Parágrafo 2°. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.*
>
> *Parágrafo transitorio 3°. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.*

En la sentencia C-198 de 2006 la Corte Constitucional estudia la exequibilidad de éstos parágrafos, el ciudadano argumenta que esos preceptos vulneran el bloque de constitucionalidad por ser contrarias a los convenios 87, 98, 151 y 154 de la OIT, ratificados por el Estado colombiano mediante las leyes 26 y 27 de 1976, 411 de 1997 y 524 de 1999, instrumentos que, en consecuencia, hacen parte de la legislación interna.

Así mismo afirma, es contraria a los derechos consagrados en los 39 (derecho a la negociación colectiva), 53 (principio de favorabilidad), 55 (negociación colectiva), 56 (derecho a huelga), 93 (tratados internacionales que versen sobre derechos humanos ratificados por Colombia) y 94 (derechos innominados) de la Constitución, porque se elimina el derecho de negociación colectiva en materia pensional. Sin embargo, la Corte se inhibe pues afirma no tener competencia para pronunciarse de fondo sobre las reformas constitucionales en los siguientes términos:

> *De acuerdo a lo establecido por el artículo 241-1 de la Constitución y en armonía con la jurisprudencia de la Corte Constitucional no es posible ejercer la revisión de constitucionalidad de un Acto Legislativo por su contenido material. Su competencia se limita exclusivamente a conocer de la posible inconstitucionalidad por vicios de procedimiento en su formación, o a efectuar un juicio de sustitución cuando el demandante cumple la carga de plantear un cargo en el sentido de que el reformador de la Constitución incurrió en un vicio de competencia.*[9]

6.3 Exposición de motivos del Congreso de la República al acto legislativo por el que se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política

En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo se argumentan principalmente la insostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social como la búsqueda de un equilibrio fiscal, así:

> *A través de dicho proyecto se introduce como criterio el que debe procurarse la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social, asegurando realmente la efectividad del derecho a una pensión para todos los colombianos, y conciliando el derecho a las pensiones con la necesidad que tiene el Estado de destinar recursos para atender sus deberes frente a todos los colombianos en materia de salud, educación y otros gastos sociales. Buscando lograr esto también se establece que a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo el Sistema General de Pensiones solo reconocerá trece mesadas al año. Adicionalmente el presente Acto Legislativo busca asegurar que el sistema pensional colombiano sea equitativo para todos los colombianos, para lo cual señala que a partir del 2008 los requisitos y beneficios pensionales serán los que establezca la Ley del Sistema General de Pensiones.*[10]

Sin embargo, y dada la equidad y la igualdad por la que propende este acto legislativo afirma Jaime Araujo Rentería en su salvamento de voto de la sentencia C-472 de 2006 " la reforma contenida en el acto legislativo tiene como objetivos generales asegurar la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social y "asegurar que el sistema pensional colombiano sea equitativo para todos los colombianos, sin embargo,(…) el contenido de dicho acto contradice este último objetivo si se considera, por ejemplo, que en él se establece que no habrá regímenes especiales ni exceptuados pero se mantiene el existente para la fuerza pública y para el Presidente de la República (inciso 7º)".[11]

6.4 Concepto de sustitución constitucional

La sustitución es un fenómeno que se da cuando principios y/o valores que constituyen elementos de la esencia de la Constitución, a cambio de ser modificados son reemplazados por otros opuestos, generando como consecuencia que la Constitución reformada no sea la misma que inspiró al Constituyente original.

La sustitución de la Constitución involucra la aplicación del test de sustitución que la Corte ha establecido a través de doctrina constitucional. Grosso modo, dicho test requiere mencionar en primer lugar los principios y/o valores determinantes de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformatorio. Debe ser un enunciado específico, un elemento definitorio que ha sido configurado en la Constitución Política colombiana y que configura su identidad. En segundo lugar se verifica si la reforma reemplaza un elemento definitorio que identifica la Constitución por otro tangencialmente diferente. (Ver sentencias C-551 de 2003; C-1200 de 2003; C-1040 de 2005 entre otras).

> *En la sentencia C-888 de 2004 la Corte Constitucional estableció que una demanda que plantee la sustitución de la Constitución mediante un acto legislativo además de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, debe sustentar plenamente en qué consiste dicha sustitución, [viii] en los siguientes términos:*
>
> *(…) el ciudadano que instaure una acción pública de inconstitucionalidad contra la totalidad de un Acto Legislativo, o una parte del mismo, no puede plantearle a la Corte que realice un examen material sobre las disposiciones constitucionales por violar otras normas de la Constitución. (…) En este caso, la carga para el demandante consiste en plantear cargos de inconstitucionalidad relacionados con el desbordamiento del poder de reforma del Congreso. En otras palabras, el actor debe demostrar de manera concreta, clara, específica y suficiente que la modificación introducida al texto de la Constitución de 1991 no es una reforma sino que se está ante una sustitución de la misma.* [12]

6.3.1 Sustitución en el acto legislativo 01 de 2005

La tesis de quien escribe éstas líneas es que bajos los parámetros de la doctrina constitucional al respecto el Congreso incurrió en una sustitución parcial de la Constitución toda vez que remplazó principios fundamentales del estado social de derecho que claramente no inspiraron al constituyente original con el agravante de que sobre el particular el pueblo soberano ya se había pronunciado negativamente.

Sin embargo este planteamiento es a priori pues para poder establecer si existe el fenómeno de sustitución se da en este acto legislativo deberá aplicarse el test de sustitución planteado en la sentencia C-1040 de 2005. En ese sentido, se cita el salvamento de voto de Jaime Araujo Rentería en el que expone de manera sucinta y precisa del por qué si existió sustitución

> *(…) la Ley 796 de 2003, por la cual se convocó un referendo y se sometió a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional, dispuso:*
>
> *"Artículo 1º. Convócase al pueblo colombiano para que, en desarrollo de lo previsto en los artículos 374 y 378 de la Constitución Política, mediante referendo, decida si aprueba el siguiente proyecto de acto legislativo.*
>
> **PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO**
> **EL PUEBLO DE COLOMBIA**
> **DECRETA:**
>
> *8. ¿APRUEBA USTED EL SIGUIENTE ARTÍCULO?*
> *Adiciónase el artículo 187 de la Constitución Política, con el siguiente texto:*
>
> *A partir de la vigencia de la presente reforma constitucional, la persona que adquiera el derecho a pensionarse no podrá recibir con cargo a recursos de naturaleza pública, una pensión superior a veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Se exceptúan quienes tengan derechos adquiridos y quienes estén amparados por los regímenes pensionales exceptuados y especiales.*
>
> *La vigencia de los regímenes pensionales exceptuados, especiales, o provenientes de normas y acuerdos entre nacionales de cualquier naturaleza, expirará el 31 de diciembre de 2007, con excepción del régimen pensional de los Presidentes de la República que tendrá eficacia desde la fecha de entrada de la presente reforma constitucional.*

El régimen de transición será reglamentado por la ley del Sistema General de Pensiones.

Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, a partir de la vigencia de la presente reforma constitucional, con las excepciones temporales anteriores, serán los establecidos en la ley del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición alguna o invocarse acuerdos entre nacionales, de ninguna naturaleza, para apartarse de lo allí establecido.

Con las excepciones previstas en la ley del Sistema General de Pensiones, a partir de la vigencia de la presente reforma constitucional, no podrán reconocerse pensiones de vejez o jubilación a personas con menos de 55 años de edad. La Ley General de Pensiones ordenará la revisión de las pensiones decretadas sin el cumplimiento de los requisitos legales, o con abuso del derecho.

A partir del 1° de enero del año 2005, y hasta diciembre de 2006, no se incrementarán los salarios y pensiones de los servidores públicos, o de aquellas personas cuyos salarios y pensiones se paguen con recursos públicos, en ambos casos cuando devenguen más de veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
Se excluye de esta disposición el régimen legal para los miembros de la Fuerza Pública.
SI [ ] NO [ ] [13]

En el caso sub judice, la pregunta transcrita en el citado numeral 8 del artículo 1º de la Ley 796 de 2003, no fue aprobada en las elecciones del referendo realizado el 25 de Octubre de 2003, pues no obtuvo un número de votos favorables superior a la cuarta parte del total de ciudadanos que integraban el censo electoral, tal como lo exige la Constitución de 1991.

LEY 796 DE 2003	ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005
Exclusión de las condiciones pensionales en la negociación laboral colectiva • Artículo 1°, numeral 8, inciso 4°. "Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, a partir de la vigencia de la presente reforma constitucional, con las excepciones temporales anteriores, serán los establecidos en la ley del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición alguna o invocarse acuerdos entre nacionales, de ninguna naturaleza, para apartarse de lo allí establecido." • Artículo 1°, numeral 8, inciso 2º. "La vigencia de los regímenes pensionales (…) provenientes de normas y acuerdos entre nacionales de cualquier naturaleza expirará el 31 de diciembre de 2007 (…)".	• Artículo 1°, parágrafo 2°. "A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones." • Artículo 1°, parágrafo transitorio 3°. "Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010."

Tomado del salvamento de voto de Jaime Araujo Rentería Sentencia C- 472 de 2006

Del anterior cuadro comparativo se puede inferir que se trata de una reforma que tiene el mismo contenido sobre el cual el pueblo ya se había pronunciado en sentido negativo.

Por esta razón, afirma Araujo

> *(…) la aprobación posterior de dichos contenidos normativos por el Congreso de la República en los Parágrafos 2º y Transitorio 3º del Art. 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, representa una sustitución de la voluntad soberana, consagrada en el preámbulo y el Art. 3º de la Constitución, por la propia voluntad de dicho órgano constituido, sin tener manifiestamente competencia para hacerlo y vulnerando el Art. 374 superior.*
>
> *Por tanto, también por esta razón, dichos apartes debieron declararse inexequibles, por falta de competencia del Congreso de la República como órgano reformador de la Constitución. Cabe advertir que la decisión de inexequibilidad que debió tomarse no significa que no puedan adoptarse reformas constitucionales no aprobadas en el mencionado referendo, sino que, ante la manifestación directa y no aprobatoria de la voluntad popular, ellas sólo serán posibles por la misma vía del referendo o por una vía equivalente, como sería, por ejemplo, una asamblea constituyente convocada de conformidad con lo dispuesto en el Art. 376 superior.*[14]

6.5 Control de constitucionalidad de los actos legislativos

Por mandato constitucional la Corte debe decidir sobre las demandas de constitucionalidad sobre actos legislativos según los términos del artículo 241 así:

> *ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*
> *1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.* [15]

Pese a esto, existe un precedente constitucional en el que la Corte Constitucional ha aceptado que si bien no puede pronunciarse sobre el contenido material de un acto legislativo si lo puede hace cuando se trate de una eventual sustitución. "Su competencia se limita exclusivamente a conocer la posible inconstitucionalidad por vicios de procedimiento en su formación, o a efectuar un juicio de sustitución cuando el demandante cumple la carga de plantear un cargo en el sentido de que el reformador de la Constitución incurrió en un vicio de competencia."[16]

6.6 Derechos adquiridos, meras expectativas, expectativa legítima

Sobre los derechos adquiridos ha dicho la Corte

> *(…) son aquellos que han ingresado definitivamente al patrimonio de la persona. Se dan cuando las hipótesis descritas en la ley se cumplen plena-*

mente en cabeza de quien reclama el derecho y las situaciones jurídicas no consolidadas, -aquellas en que los supuestos fácticos no se han realizado-, no constituyen derechos adquiridos sino meras expectativas. Estos derechos son intangibles, por tanto no pueden ser desconocidos por leyes posteriores, no obstante lo cual éstas puedan modificar o extinguir los derechos respecto de los cuales sólo se tiene simple expectativa. [17]

En el mismo sentido, la Corte expresó en sentencia C-058 (2002):

Los derechos adquiridos que garantiza el artículo 58 constitucional, son aquellas situaciones concretas consolidadas en vigencia de la ley que es interpretada, reformada o derogada por la subsiguiente, en ejercicio de la cláusula general de competencia asignada al Congreso de la República. De manera que no todas las situaciones generadas en vigencia de la antigua disposición deben mantenerse de cara a la nueva, porque de ser así no tendrían objeto tales facultades y el ordenamiento no podría responder a las necesidades cambiantes de una sociedad en permanente trasformación. [18]

Para la Corte Constitucional las meras expectativas son situaciones que si bien comenzaron a formarse bajo el imperio de una ley no se lograron consolidar, razón por la cual no han entrado en el patrimonio de la persona. Al respecto ha dicho la Honorable Corte que "Las meras expectativas permanecen sujetas a la regulación futura que la ley ha introducido, situación perfectamente válida si se tiene en cuenta que los derechos pertinentes no se han perfeccionado conforme a lo dispuesto en la ley"[19]

La expectativa legítima ha establecido la Corte, que si bien no es una situación en la que se haya consolidado un derecho y haya por ende ingresado al patrimonio de la persona si es viable protegerla en tratándose de una situación en la que la persona ve próxima la posibilidad de adquirir determinado derecho patrimonial. Precisamente, en el tema del derecho a la seguridad social ha establecido la Corte que

(…)en presencia del tránsito legislativo el establecimiento de un régimen de transición en materia pensional no constituye un derecho constitucional adquirido, sino una expectativa legitima, susceptible de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión por no haber cumplido con los requisitos para ello, tienen una expectativa legitima de adquirir ese derecho por estar próximos a adquirir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo". [20]

6.7 Los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad sobre los pactos y convenciones colectivas

En el ámbito del derecho laboral colectivo se hace imperativo referirse a lo estipulado en los artículo 26 y 27 de la Declaración de Viena de 1993 en la que se consagra la obligación para los estados de cumplir con los tratados ratificados bajo los parámetros de la buena fe, así como la prohibición de incumplirlos so pretexto de hacer cumplir el derecho interno de cada país.

En el mismo sentido, en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969 se establece la alocución latina Pacta sunt servanda, parámetros bajo los cuales Colombia está en la obligación de aplicar y hacer cumplir los tratados internacionales que ha ratificado previo control de constitucionalidad. Entre las normas que hacen parte del bloque de constitucional en el ámbito del derecho laboral colectivo se pueden incluir la Constitución de la OIT, los convenios 87, 98, 151 y 154 de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

Como lo establece el artículo noveno de la Constitución Política "Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe."[21] Por las razones mencionadas supra, y tal como lo establece Jaime Araujo Rentería en su salvamento de voto en la sentencia C-472 de 2006

(…) si las normas demandadas fueran exequibles, el Estado colombiano tendría que dar cumplimiento a los mencionados Convenios 87, 98, 151 y 154 de la OIT, que además forman parte del bloque de constitucionalidad, mientras no los denuncie válidamente y no termine en virtud de la denuncia la producción de sus efectos jurídicos, lo que significa que en esa hipótesis los trabajadores en Colombia podrían seguir ejerciendo el derecho de negociación colectiva consagrado en tales convenios y seguir conviniendo prestaciones laborales por encima del mínimo legal. Ello incluye a los empleados públicos, quienes conforme a la jurisprudencia de esta corporación tienen un derecho limitado de negociación, orientado a la adopción de una decisión final de carácter unilateral por la autoridad competente.[22]

En el mismo sentido, la Constitución de 1991 proscribe que en los estados de excepción que decrete el gobierno contemplados en los artículo 212, 213, 214 y 215 existe una protección especial a los derechos de los trabajadores, pues se establece que no se pueden restringir derechos humanos y dentro de ellos los derechos sociales de los trabajadores. Así las cosas, no puede ser viable desde el punto de vista constitucional que se restrinjan derecho de los trabajadores así sea por medio de un acto legislativo que vulnera además la progresividad propia de los derechos constitucionales.

6.8 Línea jurisprudencial: un antes y un después

Indiscutiblemente, como se evidenciará en el presente análisis jurisprudencial es posible establecer dos etapas dentro de la doctrina jurisprudencial en el ámbito de la protección al derecho de la negociación colectiva no sólo dentro del articulado constitucional sino en razón a los convenios internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

6.8.1 Antes…

Esta primera etapa de la línea comienza con la entrada en vigencia de la Constitución Política el 7 de julio de 1991, aquí es posible evidenciar la progresiva incorporación de los convenios de la OIT al bloque de constitucionalidad, y una protección al derecho de negociación colectiva (artículo 55 constitucional) y demás normas concordantes, enfatizando que éste es un derecho social económico y cultural que puede llegar a ser amparable por vía de tutela gracias a la teoría de la conexidad con un derecho fundamental.

Como se evidencia en el anterior análisis dinámico la Corte Constitucional se inclina hacia la tesis menos restringida en cuanto que la convención es ley en sentido formal y por lo tanto prevalecen para los trabajadores adscritos a ellas sobre las prescripciones consagradas en la ley.

6.8.1.1 Sentencia T-597 de 1992

En esta sentencia la Corte analiza una tutela interpuesta por el Dr. Juan Manuel Charry en nombre y representación del Banco de la República contra el sindicato de trabajadores del Banco, - ANEBRE- Asociación Nacional de Empleados del Banco de la República. En ésta oportunidad la Corte se pronunció en los siguientes términos:

> *(…)al carácter específico del derecho laboral y la negociación colectiva como instrumentos para hacer que la igualdad sea real a partir del reconocimiento de la debilidad de una de las partes de la relación -lo cual desborda obviamente los límites de la contractualística propia del derecho privado construida sobre supuestos de plena autonomía de la voluntad y presencia de igualdad- plantea serias inquietudes para aceptar con todas sus consecuencias la configuración del desconocimiento del derecho en la forma concreta que manifiesta el peticionario.*
>
> *En él ámbito del derecho de negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Carta vigente actúan como sujetos por excelencia los trabajadores y los empleadores, con claros y recíprocos derechos. En consecuencia, ambos deben intervenir en la definitiva concertación de sus intereses.* [23]

¿Es posible constitucionalmente otorgar preponderancia a la convención o pacto colectivo sobre la ley?		
Tesis 1 La ley es vinculante prima facie sobre la convención o pacto colectivo toda vez que aquella tiene un efecto erga omnes y aquella una efecto inter partes.	* T-597 de 1992 * C-013 de 1993 * C-009 de 1994 * SU-342 de 1995 * C-377 de 1998 * C-161 de 2000	**Tesis 2** La convención o pacto colectivo como producto de una negociación colectiva son una fuente formal del derecho, la cual, según el artículo 53 debe ser aplicada en concordancia con el principio de favorabilidad para el trabajador.

6.8.1.2 Sentencia C-013 de 1993

En esta sentencia la Corte estudia la constitucionalidad del Estatuto de Puertos Marítimos, en ésta oportunidad ésta Corporación señaló:

> *El Gobierno Nacional, al dictar con posterioridad a la fecha de la firma de las convenciones, un decreto que reduce los derechos pensionales de los trabajadores sindicalizados, ha desconocido los derechos adquiridos con arreglo a la ley, pieza capital de nuestro ordenamiento jurídico que aparece en la nueva Carta Fundamental en el inciso primero del art. 58. Se produce además una transgresión explícita del ordenamiento constitucional vigente. Sin que tenga relevancia el rango de las normas que contienen el régimen más favorable, es claro que el Decreto 035 de 1992 viola el art. 53 de la Constitución Política, que prohíbe al legislador, y a los contratantes "menoscabar" los derechos de los trabajadores. Lo ganado en una convención colectiva significa un derecho en sí mismo para el trabajador, que en algún momento de su vida de trabajo se verá confrontado con la realización de la hipótesis normativa. Pero, además, es derecho actual y no mera expectativa pues se trata de una conquista de ese conjunto específico de trabajadores que labora en Colpuertos. (Subrayado fuera de texto).*
>
> *Se configura una violación al derecho a la negociación colectiva porque el Gobierno, al expedir el Decreto desconoció el poder vinculante de las convenciones colectivas, como mecanismos creadores de normas jurídicas obligatorias para las partes. El quebrantamiento del canon constitucional que consagra el derecho a la negociación colectiva lleva ineludiblemente a la infracción de la norma que protege el derecho a la asociación sindical por tratarse de dos derechos ligados entre sí, ya que la negociación colectiva es consecuencia de la existencia de sindicatos que adelanten la negociación por parte de los trabajadores. (Subrayado fuera de texto).*[24]

6.8.1.3 Sentencia C-009 de 1994

En esta oportunidad la Corte estudia la exequibilidad del artículo 467 del CST y dijo respecto de la negociación colectiva que éste es

> *(…) consustancial con el derecho de asociación sindical; su ejercicio potencializa y vivifica la actividad de la organización sindical, en cuanto le permite a ésta cumplir la misión que le es propia de representar y defender los intereses económicos comunes de sus afiliados, y hacer posible, real y efectivo el principio de igualdad, si se tiene en cuenta, que dicha organización, por su peso específico, queda colocada en un plano de igualdad frente al patrono. Se busca cumplir así la finalidad de "lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social". El efecto útil que debe producir la norma del artículo 53, aunado a la conciliación entre los derechos adquiridos por los trabajadores con el derecho de negociación colectiva, permite*

colegir, que en una nueva convención colectiva puedan modificarse, sustituirse, e inclusive eliminarse derechos, que antes reconocía una convención, siempre que la nueva situación en que se ubique a los trabajadores, en términos reales u objetivos, implique el reconocimiento de derechos que sean iguales o superiores a los obtenidos anteriormente, o que sea imperiosa su revisión, debido a circunstancias excepcionales e imprevisibles. [25]

6.8.1.4 Sentencia SU-342 de 1995

En esta oportunidad la Corte Constitucional estableció las siguientes hipótesis en las que la acción de tutela resulta ser mecanismo idóneo para garantizar los derechos de negociación colectiva:

a) Cuando el patrono desconoce el derecho de los trabajadores a constituir sindicatos, o afiliarse a estos, o promueve su desafiliación, o entorpece o impide el cumplimiento de las gestiones propias de los representantes sindicales, o de las actividades que competen al sindicato, adopta medidas represivas contra los trabajadores sindicalizados o que pretendan afiliarse al sindicato; b) Cuando el patrono obstaculiza o impide el ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Aun cuando, tal derecho (art. 55 C.P.), no figura entre los derechos fundamentales, puede ser protegido a través de la tutela, porque su desconocimiento puede implicar, la violación o amenaza de vulneración de derecho al trabajo, como también el derecho de 8asociación sindical,; c) Cuando las autoridades administrativas del trabajo incurren en acciones y omisiones que impiden la organización o el funcionamiento de los tribunales de arbitramento, sean obligatorios o voluntarios, encargados de dirimir los conflictos colectivos de trabajo, que no se hubieren podido resolver mediante arreglo directo o conciliación, , según el art. 448 del C.S.T., durante el desarrollo de la huelga. [26]

6.8.1.5 Sentencia C-377 de 1998

La Corte estudia la constitucionalidad del Convenio 151 de la OIT y se pronunció bajo los siguientes parámetros con relación al derecho de negociación colectiva que tienen los empleados públicos:

Las normas del Convenio consagran una triple protección a los sindicatos de servidores públicos, a saber, el amparo contra actos de discriminación antisindical, la defensa de la independencia de estas organizaciones y la concesión de facilidades a los representantes para que puedan llevar a cabo sus labores. Por ende, como la Carta no pretende consagrar derechos de manera puramente retórica sino que los incorpora al ordenamiento para que sean eficazmente protegidos y garantizados por las autoridades, es obvio que el reconocimiento del derecho de asociación para los servidores públicos implica que estos trabajadores gozan también de todas las otras garantías que son consustanciales al ejercicio de ese derecho, como es el amparo contra actos de discriminación antisindical, la protección de la independencia de las organizaciones sindicales y la necesaria concesión de ciertas facilidades a los representantes de la misma, como el fuero sindical. [27] *(Subrayado fuera de texto)*

6.8.1.6 Sentencia C-161 de 2000

La Corte estudia en ésta oportunidad la constitucionalidad del convenio 154 de la OIT sobre el fomento de la negociación colectiva, convenio que además hace parte del bloque de constitucionalidad en stricto sensu:

El Convenio sub judice tiene como fundamento el deseo de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar la negociación colectiva, como instrumento libre y voluntario de concertación de condiciones económicas derivadas de la relación laboral. Pues bien, el contenido general del Convenio desarrolla plenamente los postulados constitucionales, pues bajo ésta visión se ha entendido la negociación colectiva en nuestra Constitución, como quiera que la Carta la considera un procedimiento que concreta y potencia el acuerdo de voluntades como uno de los instrumentos más importantes para fijar las bases fundamentales del trabajo. De ahí pues, que el artículo 55 de la Carta determina que el Estado debe garantizar e impulsar este mecanismo de solución pacífica de controversias económicas laborales, cuyo ámbito específico de aplicación corresponde a la ley. [28]

La Corte así mismo expresó la necesidad de fomentar la negociación colectiva amparada dentro del marco constitucional en los siguientes términos:

(…) implica un reconocimiento claro de la capacidad de autorregulación de los empleadores y trabajadores en la relación laboral, obviamente dentro de los márgenes que la regulación normativa mínima obliga a respetar. Por ende, la negociación colectiva libre y voluntaria "se presenta en el ámbito constitucional como el derecho regulador de una esfera de libertad en cabeza de patronos y los trabajadores", que goza de amplio sustento y garantía constitucional". [29]

6.8.2 Después…

A partir del acto legislativo 01 de 2005 en términos de la filosofía del derecho existió una mutagénesis en el precedente por cuanto se inaplicó y a partir de allí se cambió la protección por la cual la Corte Constitucional desde sus inicios había estado respaldando.

¿Incurre el Acto Legislativo 01 de 2005 en una sustitución de la Constitución al restringir el derecho constitucional a la negociación colectiva?		
Tesis 1 No hay sustitución constitucional pues esta reforma obedece a criterios de equidad, igualdad entre trabajadores y al principio de la sostenibilidad financiera.	*C-472 de 2006 *C-986 de 2006 *C-216 de 2007	**Tesis 2** Si hay sustitución constitucional pues se limitan derechos reconocidos en la constitución y en tratados de la OIT que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

En este análisis dinámico se puede evidenciar que la Corte Constitucional después del acto legislativo 01 de 2005 no se pronunció sobre el particular, contrario sensu decidió inhibirse de un pronunciamiento.

Luego del acto legislativo 01 de 2005 la Corte Constitucional si bien dentro de las diferentes demanda estudiadas para decidir la constitucionalidad o no del acto legislativo no se pronunció de fondo y nunca decidió como se evidencia en la parte motiva y el resuelve de las sentencias sobre si existía o no sustitución, si ha dado un cambio sobre la interpretación de éste derecho.

6.8.2.1 Sentencia C- 472 de 2006

En ésta sentencia la Corte Constitucional hace referencia a la sentencia C-551 de 2003 que revisó la Ley 796 de 2003 mediante la cual se convocaba a un referendo, la Corte dijo que el poder de reforma de la Constitución del Congreso se encuentra limitado por lo que no es posible la sustitución, derogación o subversión de la Constitución por parte del Congreso. Al respecto se dijo en la sentencia:

> *El Constituyente derivado no tiene entonces competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no sólo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia.* [30]

6.8.2.2 Sentencia C-986 de 2006

La sentencia C-986 de 2006 cita la sentencia C-1040 de 2005 en la que la Corte Constitucional señaló lo siguiente sobre un eventual estudio de sustitución:

> *(…) el parámetro normativo de referencia para el ejercicio del control de constitucionalidad de los actos legislativos trasciende lo dispuesto exclusivamente en el título XIII de la Carta Política, para incluir otras normas constitucionales y ciertas disposiciones de la Ley 5 de 1992, en la medida en que tales disposiciones establezcan condiciones básicas y esenciales para la formación de la voluntad democrática de las cámaras legislativas, cuyo desconocimiento genere una violación de los requisitos previstos en el Título XIII de la Constitución para la adopción de actos legislativos.* [31]

Por otro lado, ha dicho la Corte que cuando la Constitución confiere a la Corte el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional no sólo le atribuye el conocimiento del trámite como tal, sino que también le confiere la facultad de examinar si el Constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia. En la Sentencia C-1200 de 2003 la Corte indicó que:

> *(…) al entendimiento resulta ineludible, por ejemplo, frente a la previsión del artículo 376 Superior, conforme a la cual la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución queda en suspenso durante el término señalado para que una Asamblea Constituyente cumpla sus funciones. En otro ejemplo, la misma disposición señala que en la ley por medio de la cual se propone al pueblo la convocatoria de una Asamblea Constituyente debe determinar cuál será la competencia de la misma, asunto que, por consiguiente, debe ser materia de examen cuando se quiera establecer la regularidad de una reforma constitucional adoptada por esa vía." De acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte, el examen de los llamados vicios competenciales se aplica a la consideración conforme a la cual el poder de reforma constitucional no comprende la posibilidad de derogar o sustituir la Constitución.*
>
> *(…) La exigencia que la Corte le hace al ciudadano de estructurar al menos un verdadero cargo de inconstitucionalidad en los casos en que éste considere que el Congreso de la República se extralimitó en el ejercicio de sus competencias al reformar la Constitución, es consonante no sólo con el carácter rogado que tiene la jurisdicción constitucional en estos casos, sino con los mínimos requisitos exigidos por el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 a fin de que la Corte pueda centrar adecuadamente el examen constitucional correspondiente, permitiendo también a los intervinientes y al Procurador General de la Nación, el pronunciamiento sobre problemas jurídicos concretos.* [32]

6.8.2.3 Sentencia C-216 de 2007

De acuerdo a lo establecido por el artículo 241 numeral 1 de la Constitución y en armonía con doctrina constitucional no es posible ejercer la revisión de constitucionalidad de un Acto Legislativo por su contenido material. Su competencia se limita a conocer de la posible inconstitucionalidad por vicios de procedimiento en su formación. Sin embargo, la Corte ha admitido que es posible la revisión de un Acto Legislativo cuando dicho acto comprenda una sustitución de la Constitución. En la sentencia C-1040 de 2005 la Corte sintetizó los criterios sentados por la jurisprudencia en cuanto al concepto de sustitución de la Constitución. Dijo:

> *a. Que el poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales.*
> *b. Que por virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta.*
> *c. Que para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad.*
> *d. Que la Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles y que, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello.*
> *e. Que el poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución.*
> *f. Que sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución.* [33]

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte se ha establecido que una demanda que plantee la sustitución de la Constitución mediante un Acto Legislativo para cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, debe sustentar plenamente en qué consiste dicha sustitución. Al respecto la Corte ha dicho lo siguiente:

> *Ahora bien, el hecho de que el control jurisdiccional ejercido por la Corte se despliegue en los términos indicados por la jurisprudencia significa que en una demanda por sustitución constitucional contra una reforma constitucional el actor debe sustentar plenamente en qué consiste la sustitución denunciada. No le basta, por tanto, afirmar que con la modificación de una disposición en concreto se sustituyó o se derogó la Constitución precedente, sino que debe justificar, con argumentos suficientes, que tal cambio implica la abrogación de la Constitución vigente.* [34]

La Corte reconoce que la carga argumentativa se incrementa considerablemente cuando se trata de descalificar una reforma constitucional por considerarla constitutiva de sustitución constitucional. No obstante, la Corte acepta que dicha exigencia es necesaria si se tiene en cuenta la magnitud de la pretensión, la trascendencia de la decisión de la Corte, el compromiso del principio democrático y la naturaleza misma de las disposiciones que se cotejan.

6.9 Aparato crítico, una mirada a la doctrina del trabajo

6.9.1 La Filosofía Del Trabajo De Henry Arvón

Según lo sostiene Arvón a lo largo de su Filosofía del trabajo y haciendo una transpolación al tema sub examine es posible a priori afirmar que lo que se establece con la expedición y posterior entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 es la deshumanización del trabajo toda vez que contrario a establecer condiciones de progresividad y asegurar el trabajo como un equivalente a la transitividad para de ésta manera lograr el "ocio" se retrocede al trabajo como mera labor.

Arvón cita la fenomenología del espíritu de Hegel y dice que "La importancia de la filosofía hegeliana reside en el hecho de que Hegel aprehende, por tanto, la esencia del trabajo y que concibe el hombre objetivo y verdadero, en cuanto real, como el resultado de su propio trabajo"[35] . En éste sentido, la crítica que hace Arvón al trabajo y a las legislaciones como tal que regulan el tema se inclina a afirmar que el trabajo se deshumaniza y es visto como una mera labor, es decir trabajo por mera supervivencia.

Es válido en éste particular tomar la figura de Prometeo que cita para ejemplificar el trabajo como simple labor, pues éste ha sido víctima de un castigo eterno por haber ofendido a Zeus, dicho castigo consiste en ofrecer a un buitre un hígado perpetuamente renovado lo que ejemplifica, según Arvón al hombre moderno *"víctima de incesantes tormentos a causa de que, insatisfecho como está de las condiciones materiales de su vida, no deja de crearse necesidades nuevas"*.

> *En cuanto al trabajador, sumido en una tensión casi inhumana, completamente persuadido como está de llevar sobre sus hombros un mundo nuevo, corre el peligro de naufragar en una especie de nihilismo destructor. Lejos de dotar a un nuevo sentido al universo surgido de su esfuerzo, el único orden de valores que reconoce es una voluntad gratuita de dominar el mundo, voluntad sostenida por la omnipotencia de la técnica.* [36]

En la medida que los trabajadores en el caso sub judice se ven abocados a unas condiciones de trabajo cada vez menos favorables a ellos, trabajarán por mera subsistencia y pondrán menos sí para lograr el fin requerido por la empresa, contrario sensu, si se logra salvaguardar sus derechos y que alguna medida sean progresivos esto redundará en utilidades para sí y para los dueños de los medios de producción.

> *(…) el movimiento profundo de la existencia humana se opone a una separación del espíritu y de la realidad. La tarea del hombre no consiste en apartarse de un mundo imperfecto, sino, por el contrario, en participar activamente en su perfeccionamiento. Sólo cuando el hombre oye la llamada anhelante de un universo que le necesita para llegar a la cima de su perfección, y responde a esta llamada; sólo cuando gracias a ésta respuesta se supera a sí mismo y corrige y recrea la creación, se mantiene fiel a su misión verdadera. El trabajo no es solamente una dura necesidad de la que el hombre no puede apartar la atención; es al mismo tiempo la posibilidad que se le ofrece de alcanzar una más alta dignidad. El trabajo humano difiere fundamentalmente del deseo animal. Uno es creador, destructor. El trabajo…es deseo refrenado, desaparición retardada; el trabajo forma. La referencia negativa al objeto se hace forma de éste objeto mismo; se hace algo en cierto modo permanente, ya que precisamente, con respecto al trabajador, el objeto tiene una independencia.*

Para Proundhon, la herramienta ennoblece así el trabajo manual. Cuanto más acerca el hombre a la bestia, cuanto más hundido está en la condición miserable que los filósofos del siglo pasado llamaron estado de naturaleza, más reducido se ve al uso inmediato de sus propios miembros; por consiguiente, cuanto menos pone de sí mismo en su acción, menos trabaja. [37] (Subrayado fuera de texto).

6.11 Conclusiones

Con la expedición del acto legislativo 001 de 2005 existió una sustitución parcial de la Constitución toda vez que se desconocieron derechos constitucionales e integrantes del bloque de constitucionalidad así como el precedente constitucional al respecto. Al estipularse la prohibición constitucional de celebrar convenZciones colectivas con condiciones pensionales más favorables que las previstas en la ley 100 de 1993 reformada a su vez por ley 797 de 2003 se vulnera el principio romano del pacta sunt servanda establecido en el Convenio de Viena 1986 pues con la expedición y entrada en vigor de éste acto legislativo se están incumpliendo importantes proscripciones contenidas en tratados internacionales que han sido ratificados por Colombia, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que están siendo desconocidos.

Con la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 se suscitó una antinomia constitucional toda vez que existe una clara contradicción con los derechos de los trabajadores consagrados en la Carta tales como los artículo 39, 55 y 56 que consagran el derecho a la asociación sindical, autonomía sindical, fuero sindical así como los derechos de negociación y huelga.

Es evidente que la negociación colectiva en materia laboral es un derecho irreemplazable para efectivizar la protección que la Constitución ha otorgado al derecho fundamental del trabajo. Por consiguiente, restringir el derecho a la negociación colectiva laboral en el ordenamiento jurídico tal como sucedió con el acto legislativo 01 de 2005 suscita una restricción al derecho al trabajo, el cual es uno de los elementos definitorios del Estado Social de Derecho.

7. Bibliografía.

Constitución Política de 1991 [CP]. Julio 4 de 1991.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-058 de 2002. (M.P. Álvaro Tafur Galvis: febrero 4 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-314 de 2004. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: abril 1 de 2004).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-597 de 1992. (M.P. Ciro Angarita Barón: diciembre 9 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-013 de 1993. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: enero 21 de 1993).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-009 de 1994. (M.P. Antonio Barrera Carbonell: enero 20 de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-342 de 1995. (M.P. Antonio Barrera Carbonell: agosto 2 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-377 de 1998. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: julio 27 de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-161 de 2000. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: febrero 23 de 2000).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-472 de 2006. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: junio 14 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-986 de 2006. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: noviembre 29 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-216 de 2007. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: marzo 21 de 2007).

Henry ARVÓN, *Filosofía del trabajo*, Madrid, Cuadernos Taurus, 1965.

Juan Ignacio MOLTÓ GONZALEZ, *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Madrid, Editorial Teoría, 1995.

Notas

1. Artículo de avance científico. Bajo la orientación de Diego Mauricio Higuera Jiménez, C Ph D. Director del Centro de investigaciones socio-jurídicas de la facultad de derecho, Universidad Santo Tomás seccional Tunja, grupo de investigaciones jurídicas y socio jurídicas de la Facultad de Derecho, línea de investigación de constitucionalismo y construcción democrática.

2. Estudiante de derecho. Octavo semestre. Investigador auxiliar. Universidad Santo Tomás. Tunja. salinasarenas@gmail.com.

3. ARTÍCULO 39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución. La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.

4. ARTÍCULO 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

5. ARTÍCULO 56. Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. La ley reglamentará este derecho. Una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su composición y funcionamiento.

6. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-112 de 1993 (M. P. Hernando Herrera Vergara: marzo 25 de 1993).

7. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-377 de 1998. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: julio 27 de 1998).

8. Colombia, "Acto legislativo 01", 2005, en http://www.urosario.edu.co/urosario_files/17/1774884b-c669-4915-8270-dcf9a73ca92e.pdf

9. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-986 de 2006. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: noviembre 29 de 2006)

10. Proyecto de acto legislativo. Exposición de motivos del acto legislativo. Por el cual se adiciona el artículo 48 de la constitución política.

11. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-472 de 2006. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: junio 14 de 2006).

12. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-986 de 2006. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: noviembre 29 de 2006).

13. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-472 de 2006. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: junio 14 de 2006).

14. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-472 de 2006. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: junio 14 de 2006).

15. Constitución Política de 1991 [CP]. Art 241 Julio 4 de 1991.

16. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-986 de 2006. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: noviembre 29 de 2006).

17. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-314 de 2004. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: abril 1 de 2004).

18. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-058 de 2002. (M.P. Álvaro Tafur Galvis: febrero 4 de 2002).

19. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-0126 de 1995. (M.P. Hernando Herrera Vergara: marzo 22 de 1995).

20. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-754 de 2004. (M.P. Álvaro Tafur Galvis: agosto 10 de 2004).

21. Constitución Política de 1991 [CP]. Art 9. Julio 4 de 1991.

22. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-472 de 2006. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: junio 14 de 2006).

23. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-597 de 1992. (M.P. Ciro Angarita Barón: diciembre 9 de 1992).

24. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-013 de 1993. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: enero 21 de 1993).

25. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-009 de 1994. (M.P. Antonio Barrera Carbonell: enero 20 de 1994).

26. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-342 de 1995. (M.P. Antonio Barrera Carbonell: agosto 2 de 1995).

27. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-377 de 1998. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: julio 27 de 1998).

28. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-161 de 2000. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: febrero 23 de 2000).

29. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-161 de 2000. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: febrero 23 de 2000).

30. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 551 de 2003. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett: julio 9 de 2003). Citada en la Sentencia C- 472 de 2006. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: junio 14 de 2006).

31. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia 986 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: noviembre 29 de 2006).

32. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1200 de 2003. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: diciembre 9 de 2003).

33. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-216 de 2007. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: marzo 21 de 2007).

34. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-216 de 2007. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: marzo 21 de 2007).

35. Henry ARVÓN, Filosofía del trabajo, Madrid, Cuadernos Taurus, 1965, p.32.

36. Ibídem, p. 33

37. Ibídem. p. 43.

Aplicación de los Convenios 151 y 154 de la OIT al derecho de negociación colectiva de los empleados públicos en Colombia

Segundo puesto, décima versión, concurso de ensayo jurídico Octavio Arizmendi Posada

Ana Milena Carranza Carranza*
Aura Carolina Lozano Ortiz**
Juan David Baquero Torres***

RESUMEN

El presente artículo se propone dilucidar los problemas en torno a la interpretación del derecho de negociación colectiva de los empleados públicos en Colombia. Se expondrá la posición actual de las Altas Cortes, la doctrina y las normas que rigen las relaciones colectivas entre estos empleados y el Estado, a la luz de la aplicación de las Normas Internacionales del Trabajo (NIT) sobre negociación colectiva, derecho de sindicación y procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública. Por último, los autores propondrán soluciones a la problemática actual.

PALABRAS CLAVE

Derecho de negociación colectiva, empleados públicos, Normas Internacionales del Trabajo (NIT), derecho de concertación, ausencia de legislación efectiva.

ABSTRACT

This article aims to clarify the issues surrounding the interpretation of collective bargaining right of public employees in Colombia. The current position of the High Courts, the doctrine and rules governing the collective relations between employees and the State will be outlined, in light of the implementation of International Labour Standards (ILS) on collective bargaining, right to organize and procedures for determining conditions of employment in the Public Service. Finally, the authors will propose solutions to the stated situation.

KEYWORDS

Collective bargaining right, public employees, International Labour Standards (ILS), concertation right, lack of effective legislation.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Laboral Colectivo, como rama de la Ciencia Jurídica que se ocupa de las relaciones colectivas entre trabajadores y empleadores, en nuestros días se enfrenta a cuestiones aporéticas: ¿Cómo se garantiza el derecho constitucional a la negociación colectiva de los empleados públicos

en Colombia? ¿Cuáles son los medios legítimos que tienen éstos para efectivizar su derecho?

En estas líneas se expondrá cómo el vínculo legal y reglamentario entre los empleados públicos y el Estado coexiste con la vigencia de Normas Internacionales del Trabajo (NIT) que imponen a éste la obligación de negociar con ellos; la perspectiva pretoriana del asunto, la opinión de la doctrina sobre el particular y la reglamentación que acerca del asunto se ha gestado para inconformidad generalizada del sector sindical. Hasta hoy, estas visiones no gozan de unívoco criterio y para colmo, el tema no ha sido del interés de las autoridades, quienes no han accedido a desarrollar con verdadero sentido práctico el derecho en comento. De allí la importancia de abordar esta materia en nombre de la vigencia de los derechos laborales colectivos, ofreciendo una salida al conflicto.

La presente investigación acude al método de análisis-síntesis mediante el cual se pretende examinar la materia en todas sus partes, remitiéndose para el efecto a fuentes primarias – entrevistas a líderes sindicales realizadas en diciembre de 2011 – y a fuentes secundarias de carácter documental, científicas y de opinión.

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL PRELIMINAR

1.1 El contenido del derecho de negociación colectiva

Como cuestión preliminar para dilucidar el alcance de la expresión "derecho de negociación colectiva", es necesario precisar que de acuerdo con la definición consagrada en las Normas Internacionales del Trabajo [1], este derecho equivale a "la actividad o proceso encaminado a la conclusión de un acuerdo colectivo". A su vez, este último es definido en la Recomendación núm. 91 de la Organización Internacional del Trabajo[1] – OIT – como "todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores…".

Así, es preciso establecer que la palabra negociación abarca "cualquier forma de discusión, tanto formal como informal, destinada a lograr un acuerdo", siendo en todo caso más acertada que el vocablo "discusión", pues éste "no subraya la necesidad de tratar de obtener un acuerdo". [2]

El principal objetivo del ejercicio del derecho en comento cuando sus titulares son los empleados públicos, resulta ser, entre otros, el fijar las condiciones de trabajo y empleo. Sobre este eje temático se centrará nuestro estudio.

2. EXPOSICIÓN DE RAZONES DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

2.1 Interpretación del problema desde la perspectiva de la máxima corporación constitucional

La Corte Constitucional, en su ejercicio de control jurisdiccional sobre la temática específica del núcleo del derecho de negociación colectiva de los empleados públicos, ha hecho alusión en dos fallos: las sentencias C-110 de 1994 y C-1234 de 2005. Estas providencias hacen referencia a la exequibilidad del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que limita a los empleados públicos para presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas con su empleador, el Estado. Así, en la sentencia de 1994, la Corporación diserta en punto de la constitucionalidad de la mencionada proscripción, señalando que "el artículo 55 de la Constitución… garantiza el derecho de negociación colectiva para regular relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. La que se considera es una de tales excepciones, establecida en norma con fuerza material legislativa".[3] Como se observa, la Corte declaró exequible la disposición con base en la facultad del legislador para condicionar el ejercicio del derecho de negociación colectiva, en este caso con sustento en que los empleados públicos representan al Estado mismo y por ende, no es seguro para la Nación que éstos tengan conflictos colectivos, pudiendo desatar la suspensión de la función pública.

En 2005, la Corte reitera su jurisprudencia mediante sentencia C-1234, al hacer referencia a la constitucionalidad del mismo artículo, esta vez bajo el panorama que ofrecen los Convenios 151 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Para el efecto, realizó diversos planteamientos lógicos razonando sobre la existencia o no de cosa juzgada y sobre la exequibilidad de dichos Tratados. Sobre lo primero, la Corte enfatizó en que en 1994, año de la sentencia reseñada con anterioridad, "no existían las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999 que aprobaron los Convenios 151 y 154 de la OIT, Tratados que se refieren a la libertad de sindicalización de quienes trabajan con el Estado y al fomento de la negociación colectiva, incluidas las organizaciones sindicales de empleados públicos" [4]. En atención a esta realidad jurídica de importancia capital en la interpretación de este derecho, acto seguido el juzgador procedió a evaluar si hubo cambio sustancial respecto al alcance y contenido del mismo, concluyendo en resumidas líneas lo que sigue:

(i) Los Convenios 151 y 154 de la OIT, hacen parte de la legislación interna.

(ii) Los sindicatos de empleados públicos tienen el derecho de sindicalización.

(iii) El derecho de éstos para realizar negociaciones colectivas se manifiesta en el derecho de presentar peticiones y consultas, y ser oídas y tenidas en cuenta.

(iv) Si bien ellos no gozan de plenos derechos de asociación y convención colectiva, la Constitución y los Convenios les permiten participar en la determinación de sus condiciones de empleo, entendiendo que la decisión final corresponde al Congreso, al Presidente de la República, y a las Asambleas, Concejos, Gobernadores y Alcaldes en el marco de sus competencias.

(v) Los objetivos de la negociación colectiva son la concertación voluntaria y libre de las condiciones de trabajo, el diálogo para la tranquilidad social, la participación de todos en las decisiones que los afectan, la defensa de intereses comunes y la garantía de ser oídos y atendidos los representantes de las partes.

(vi) La regla general es la libertad de sindicalizarse, y la excepción sólo comprende a servidores de "alto nivel" con poder decisorio o en cargos directivos, empleados cuyas obligaciones son confidenciales[5] y a las Fuerzas Armadas "por expresa prohibición constitucional (artículos 39 y 218 de la Constitución Política)"[6].

Así pues, los Convenios han dotado de alcance y mayor significación al derecho de negociación colectiva del cual son también titulares los empleados públicos. Además, es de resaltar que estos Convenios facultan a los Estados para regular el ejercicio de este derecho según la conveniencia y el interés nacional, sin perjuicio de la vigencia de la negociación colectiva para estos funcionarios. En consecuencia, el intérprete constitucional afirma que el principal instrumento que debe regir las relaciones laborales entre el Estado empleador y los empleados públicos es el de la concertación,

mecanismo incluido en el artículo 55 de la Constitución Nacional.

Corolario de lo anterior, se ratifica que a pesar de la limitación de los empleados públicos para presentar pliegos de peticiones, celebrar convenciones colectivas e ir a huelga, por ser la función pública elemento esencial para el desarrollo de los fines del Estado, es la denominada "concertación" la que facilita el acceso a la solución consensuada de sus peticiones.

Así, la concertación puede ser definida desde dos perspectivas: (i) como el derecho de los empleados públicos para negociar con el Estado-empleador en materia de salarios y condiciones de trabajo, y (ii) como procedimiento para la definición de estas políticas macroeconómicas.

De esta forma, la OIT ha establecido que este derecho-procedimiento está ligado al concepto de "diálogo social", lo cual supone un proceso de negociación entre el Gobierno central, regional o local y los sindicatos y organizaciones empresariales "sobre los diferentes contenidos de la política socioeconómica del ámbito correspondiente, con el fin de concertar los intereses de los intervinientes en orden a la estabilidad, el desarrollo económico y la paz social"[7].

De esta manera, se observa que los conceptos de diálogo social y concertación tienen características propias que los diferencian de la noción de negociación colectiva vista en el sentido tradicional, ya que ésta originalmente tiende a relacionarse "con el ámbito de la empresa… de las ramas industrial, comercial o de los servicios, sean de naturaleza privada o pública"[8]. Sin embargo, debe entenderse que el contenido del derecho de negociación colectiva es el mismo para empleados públicos y privados, sin perjuicio de que el procedimiento mediante el cual se ejerce por parte de los primeros varíe por sus especiales calidades y limitaciones.

En desarrollo de este postulado, valga hacer alusión a la reflexión semántica de que se vale la Corte Constitucional para distinguir entre los conceptos de "pliego de peticiones", "convención colectiva" y "negociación colectiva":

> El artículo 416 en lo acusado fija la prohibición en la presentación de "pliego de peticiones" y en la celebración de "convenciones colectivas" para los sindicatos de empleados públicos y, tanto el Convenio 154 de la OIT como el artículo 55 de la Constitución, se refieren a la expresión "negociación colectiva". De acuerdo con lo expuesto en el punto anterior, y como se anticipó allí, las expresiones no son iguales y, por consiguiente, tienen consecuencias jurídicas distintas.
>
> …La expresión "negociación colectiva" de que tratan el Convenio 154 y el artículo 55 de la Carta tiene una connotación más amplia, es decir, no se reduce a pliegos de peticiones o convenciones colectivas, sino que abarca todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez (art. 2º Convenio 154 de la OIT).
>
> Se puede afirmar, entonces, que la negociación colectiva es el género y la convención colectiva y el pliego de peticiones son la especie, y como especie, pueden ser objeto de algunas restricciones tratándose de ciertos empleados públicos, que "están al servicio del Estado y de la comunidad" (art. 123 de la Carta) y tienen la enorme responsabilidad de hacer cumplir los fines esenciales del Estado, asuntos que están ligados directamente al interés general . [9]

De acuerdo con lo establecido, la limitación para celebrar convenciones colectivas o elevar pliegos de peticiones impuesta a los empleados públicos obedece a la naturaleza de la función desempeñada por éstos, lo cual resulta razonable sin desmedro de su ejercicio del derecho a la negociación colectiva, que a todas luces también es proporcional a la relación de subordinación a la se encuentran sometidos. Por esta razón, para atemperar tal restricción se ha recurrido al diálogo social, cuyo fin es la concertación de acuerdos "para la elaboración de la política social y económica entre los poderes públicos y los interlocutores sociales"[10] contexto en el cual participan también los funcionarios de la Administración.

En desarrollo de este planteamiento, en Colombia se estableció mediante Ley 278 de 1996 la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales en cumplimiento del mandato constitucional del Artículo 56 Superior, cuyo objetivo, como su nombre lo indica, es fijar de manera concertada las políticas en torno a la remuneración mínima vital y móvil, la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas y la garantía de los derechos sindicales, entre otras funciones, "con el fin de lograr la justicia dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social"[11].

A finales de 2011, esta Comisión integrada por el Gobierno, representantes de los trabajadores y de los empleadores del sector privado llegaron a un acuerdo que se concretó en la expedición de un Decreto que acogió "la decisión tomada… por la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, en el sentido de fijar a partir de 1° de enero de 2012 el Salario Mínimo Legal Mensual para los trabajadores de los sectores urbano y rural…"[12] Esta decisión fue lograda después de muchos años en que el Gobierno decretara unilateralmente el salario por falta de acuerdo de este organismo, lo cual abre las puertas a futuros acercamientos en el mismo sentido, ésta vez en lo relacionado con las condiciones laborales de los servidores públicos. Lo anterior es imperativo para hacer que las funciones de esta Comisión tengan plena vigencia, recordando que la concertación "es factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado" [13].

2.2 Interpretación del problema por parte de la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia recientemente se refirió al tema mediante sentencia del 16 de marzo de 2010[14] , en la cual se remite a la sentencia del 15 de julio de 2009 [15] que expresa lo siguiente:

> El artículo 467 del C.S.T., al referirse a la convención colectiva de trabajo, dispone que ésta se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.
>
> … Dicha norma se refiere expresamente a **contratos de trabajo**, y es sabido que a la administración pública bajo esa modalidad, únicamente son vinculados los trabajadores oficiales, mas no los empleados públicos, que tienen con ella una relación establecida por ley o por reglamentos, que no se pueden modificar sino por preceptos de la misma jerarquía"[16] .

De esta forma, el artículo 467 del C.S.T debe interpretarse en forma sistemática con la prohibición señalada en el artículo 416 del mismo Estatuto, puesto que la vinculación de los empleados

públicos a la Administración Pública los limita para suscribir convenciones colectivas, pero no para levantar arreglos con los mismos propósitos, llámense éstos *Acuerdos Marco de Relaciones Laborales, peticiones, reclamaciones, solicitudes o memoriales respetuosos*, siendo la primera noción una de las más acogidas por las asociaciones sindicales de carácter público en Colombia. En suma, el nomen iuris de la figura es irrelevante cuando de regular las relaciones laborales se trata, pues en últimas, el derecho de negociar colectivamente tiene amplias manifestaciones.

De igual manera, la *ratio decidendi* de esta providencia sostiene una postura similar a lo expuesto por la Corte Constitucional, resaltando que "si bien la negociación no es plena "ya que la relación entre el Estado - empleador y los empleados públicos se rige por la ley en sentido general, y son las autoridades investidas con facultad legislativa y reglamentaria las que definen las políticas salariales y las condiciones de dicha vinculación mediante leyes o actos administrativos, "esto no implica que los sindicatos de estos servidores públicos no puedan desarrollar instancias legítimas para alcanzar una solución negociada y concertada en caso de conflicto".

Empero, el derecho de negociación colectiva elevado a carácter constitucional atenúa en alguna medida la unilateralidad del acto administrativo que en el nivel territorial define las condiciones laborales de los empleados públicos. Es decir, si bien otrora se ha definido el acto administrativo como "una decisión unilateral de la Administración con efectos jurídicos inmediatos sobre sus destinatarios", puede afirmarse que en tratándose de la vigencia de los derechos de los empleados públicos, el *imperium* [17] de esta decisión está condicionado a la obligación del Estado-empleador de "recibir las peticiones, consultas o reclamos hechos a través de la organización sindical"[18] , llevar a cabo los procedimientos que evalúen los derechos reclamados y adoptar "una solución concertada que favorezca los intereses de las partes y del país"[19].

Baluarte de lo antedicho es lo preceptuado por el artículo 2º de la Ley 4 de 1992 por la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, el cual impone al Gobierno Nacional tener en cuenta "[l]a concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo", deber que está en consonancia con el artículo 5º de la Carta, según el cual toda persona tiene derecho a participar en las decisiones que la afectan.

Así mismo, para efecto de que la negociación colectiva no se torne en un derecho ilusorio, los artículos 7º [20] y 8º [21] del Convenio 151 de la OIT imponen a los Estados miembros estimular la negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones de servidores públicos mediante la implementación de mecanismos de negociación pacíficos y efectivos que reglamenten las condiciones laborales de esta clase de empleados[22]. Se subraya esta norma, pues el verdadero sentido de la referida disposición internacional es instar a los Estados a reglamentar el asunto en el Derecho interno, obligación que Colombia adquirió y que aún está en mora de atender.

Además, como lo establece Jairo Villegas Arbeláez, según el Convenio 151 de la OIT y el Artículo 55 Superior, hasta ahora la negociación colectiva de los empleados públicos se consideraba como simples peticiones respetuosas hechas a los superiores, que jurídicamente hablando, equivalía a un derecho de petición para que el empleador, como autoridad administrativa, resolviera unilateralmente la situación[23]. Para el autor, la negociación es un acuerdo de las partes, arreglo que en el caso concreto debe llevarse a un texto susceptible de convertirse en Ley, so pena de resultar ficticio. Compartimos esta opinión, pues la potestad de las autoridades para definir unilateralmente estos asuntos es tan amplia, que existe el riesgo de que las medidas puedan encontrarse en manifiesta vulneración al principio de igualdad en derechos laborales.

2.3 El criterio del Consejo de Estado

El máximo órgano de lo Contencioso Administrativo nos ofrece una postura similar en relación con los derechos colectivos de los empleados públicos. No en vano dice el Consejo de Estado que "en derecho administrativo laboral se impone la observancia de los principios que lo informan… y en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, [se debe] aplicar la más favorable – art. 53 C.N. –"[24] . Así, se zanja el debate trayendo a colación los principios de favorabilidad y de condición más beneficiosa, los cuales irrigan las relaciones en comento y orientan la solución de los conflictos colectivos. De allí que la doctrina se haya ocupado en clasificar "a modo de plataforma filosófica laboral" los principios laborales predicables de los empleados públicos en los siguientes términos:

> Los funcionarios tienen derecho a la estabilidad en sus empleos; a desempeñarlos en condiciones dignas y justas; a reclamar sus derechos en este campo; a crear sindicatos y disfrutar del fuero sindical y las demás garantías propias de los directivos de estas entidades gremiales; a negociar colectivamente con el Estado; a que se le reconozcan otros derechos como el de una remuneración mínima vital y móvil; a conservar sus empleos; a que las normas se interpreten en el sentido que resulte más favorable a sus intereses; a que se les aplique la condición más beneficiosa; a que se les apliquen las disposiciones de los convenios internacionales ratificados por Colombia; a que la regla general sea la de que los cargos oficiales son de carrera; a que sus relaciones con el Estado se muevan dentro de los principios de la buena fe y la confianza legítima; y por último, a que la verdad real impere sobre la formal; a la prevalencia del derecho sustancial[25].

En este estado de cosas, es menester señalar que en la actualidad un fenómeno bautizado como la *laboralización del Derecho Administrativo* ha tomado posesión tras la conquista de derechos que acaeció bajo la Constituyente de 1991, pues con ella los principios de derecho laboral colectivo ganaron terreno en las instancias públicas, motivando a que "según el texto constitucional, los Convenios y Recomendaciones de la OIT y los pactos sobre derechos humanos, aquellos [principios tengan] la condición de fundamentales"[26]. Así, en el vínculo legal y reglamentario que une al empleado público con el Estado-empleador, éste tiene el rol de "Estado-sujeto de derecho" atado a una relación en que como parte "no puede ser el todo"[27], ya que se trata de una expresión distinta al "Estado-creador de estructuras" que regula relaciones jurídicas en forma unilateral.

3. OMISIÓN EN REGLAMENTAR LA MATERIA DE FORMA EFICAZ

No obstante siendo este tema de gran trascendencia como ha quedado evidenciado en anteriores líneas, nuestros textos normativos son ajenos a la realidad de la negociación colectiva

entre el Estado-empleador y los empleados públicos, como se pasará a demostrar más adelante.

Por fortuna, la Corte Constitucional ha establecido que son fuentes primordiales de Derecho interno y parte del Bloque de Constitucionalidad tanto el Convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, como el Convenio 154 sobre la promoción de la Negociación Colectiva [28], de manera que por virtud de la ratificación de estos Instrumentos Internacionales, se cuenta en la legislación interna con diversos medios para garantizar este derecho.

Sin embargo, consideramos que el haberse establecido la concertación como el mecanismo para regular las condiciones de trabajo, no implica per se certidumbre práctica en relación con el ámbito de aplicación, forma y garantías de la negociación; plazos, mediadores, contenido del instrumento contentivo del acuerdo, mecanismos alternativos de solución de controversias en caso de desacuerdo y otros aspectos específicos que imprescindiblemente son necesarios en aras de materializar este *derecho-procedimiento*[29].

En alusión al presente tópico, la Corte Constitucional, así como el Consejo de Estado, han establecido posiciones análogas en el sentido en que la primera, mediante Sentencia C-1234 antes mencionada, reiteró el razonamiento postulado en Sentencia C-201 de 2002diciendo que "no existen mecanismos legales apropiados para hacer cumplir este derecho", pues "el legislador no ha desarrollado el procedimiento". Por ello, en esta providencia la Corte instó al Congreso a desarrollar mediante Ley esta materia.

Por su parte, el Máximo Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, con ocasión del estudio sobre la procedencia de un Decreto Reglamentario de las Leyes aprobatorias de los Convenios 87 y 98 de la OIT, arguyó que la ratificación de una ley que pone en vigencia estos instrumentos internacionales en el derecho nacional "como ley interna que es, modifica tácitamente la legislación existente en lo desfavorable… y al Gobierno le corresponde desarrollarla o reglamentarla y a los jueces aplicarla"[30].

A la altura del debate, pues, es viable dar respuesta a los interrogantes planteados primigeniamente: ¿La presentación del pliego de peticiones y la celebración de convenciones colectivas son los únicos medios para efectivizar el derecho de negociación colectiva?,¿la limitación de los empleados públicos para presentar pliegos de peticiones o celebrar convenciones colectivas vulnera este derecho? Salta a la vista que no siendo la expresión "negociación colectiva" circunscrita a la presentación de pliegos o a la celebración de convenciones colectivas, son válidos todos los mecanismos de concertación atinentes a la defensa de los intereses aludidos en aplicación del artículo 2º del Convenio 154 de la OIT. El meollo del asunto está en determinar su forma y oportunidad.

En esta medida, resulta patente señalar que el Ministerio de la Protección Social – ahora Ministerio del Trabajo – reglamentó mediante Decreto 535 de 2009 "las instancias dentro de los (sic) cuales se adelantará la concertación entre las organizaciones sindicales de empleados públicos y las entidades del sector público"[31]. Así, esta norma se aplica "a los empleados públicos de todas las entidades y organismos del sector público, con excepción de los empleados de alto nivel que ejerzan empleos de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices"[32]. La anterior exclusión se justifica en tanto éstos últimos representan los intereses de la entidad pública empleadora, en virtud de lo cual podrían infiltrar la influencia del Estado-empleador en las decisiones que se tomen al interior de la organización sindical, fenómeno catalogado por la doctrina *iuslaboralista* como constitutivo de un *sindicato blanco*.

Adicionalmente, el Decreto contiene la garantía del derecho de concertación de los empleados públicos a través de las organizaciones que los agrupan, con el fin de: 1) fijar las condiciones de trabajo y 2) regular las relaciones entre empleadores y empleados. Según se observa, el ámbito textual de regulación de la norma es amplio y cobija de forma general los aspectos cuya génesis repose en la relación legal y reglamentaria de este tipo de empleados.

Al respecto, resulta de importancia capital traer a colación el criterio de la Corte Constitucional, que en Sentencia C-053 de 2998 defendió la creación de mecanismos que permitan a los empleados públicos o sus representantes participar en la determinación de sus condiciones de empleo, "siempre y cuando se entienda que en última instancia la decisión final corresponde a las autoridades señaladas en la Constitución, esto es, al Congreso y al Presidente en el plano nacional, y a las asambleas, a los concejos, a los gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales, que para el efecto obran autónomamente"[33]. La anterior afirmación, soportada en el art. 287 Superior según el cual "[l]as entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley", debe interpretar la autonomía aludida en armonía con los principios de economía, eficacia y eficiencia en el gasto público, pues es deber de las autoridades hacer un uso adecuado de los recursos aportados por la comunidad, y en consecuencia, la concertación salarial está limitada por la racionalización del gasto burocrático, partida en la cual "no es necesario abundar"[34]. Así, la gestión pública se orienta a que "los recursos del erario nacional y de las entidades territoriales en mayor grado se destinen a la atención material de los servicios públicos"[35], como lo dicta el texto Constitucional. A lo anterior, se agrega el numeral 4 del Artículo 4 del Decreto bajo examen, que establece que "la entidad pública empleadora deberá tener en cuenta el presupuesto de la respectiva entidad y los lineamientos que fije el CONPES".

Por otro lado, se resalta la restricción de las entidades territoriales para concertar en materia prestacional, proscripción cuyo asidero constitucional reside en los literales e y f del numeral 19 del Artículo 150 Superior que consagran la atribución del Legislador para fijar las normas generales sobre el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, norma que debe leerse sistemáticamente con el inciso 2º del Artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, según la cual el Gobierno ostenta facultad de fijar el régimen prestacional enmarcado en los criterios contenidos en esta Ley.

Adicionalmente, el parágrafo del Artículo 3º del Decreto señala otras situaciones excluidas del ejercicio del derecho de concertación, a saber, "la estructura organizacional, las plantas de personal, las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado, los procedimientos administrativos y el principio del mérito como presupuesto esencial de la carrera administrativa". Esta restricción ha sido objeto de análisis por parte del máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quien en su disertación ha expresado que el vínculo legal y reglamentario del empleado público a la Administración y el acto de nombramiento y posesión que lo traduce están previamente determinados en la Ley:

> [N]o hay posibilidad legal de que el funcionario entre a discutir las condiciones de empleo, ni a fijar alcances laborales distintos de los concebidos por las normas generales y abstractas que las regulan… el empleado no fija ni discute condiciones labores tales como formas de vinculación y desvinculación, funciones inherentes al ejercicio del cargo, remuneración y prestaciones sociales, las que pre-existen al momento en que la persona natural adquiere la categoría de empleado público y

que pueden ser modificadas o derogadas por la ley, sin el consentimiento o intervención del empleado.[36]

De acuerdo con las excepciones nombradas, las organizaciones sindicales no podrán realizar peticiones relacionadas con la estructura y organización de las entidades públicas empleadoras, así como las competencias administrativas en ejercicio de la función pública, pues estas materias no son susceptibles de negociación o *transigibles* por su afectación sobre el orden público. Lo propio ocurre en tratándose del mérito para el ingreso y el ascenso a la carrera administrativa, máxime cuando resulta ser principio fundante del derecho administrativo laboral y la provisión del empleo público, y su negociabilidad podría generar actos de corrupción.

Valga detenerse ahora en lo asentado anteriormente por el Consejo de Estado, pues éste extiende la aplicación de la aludida restricción a la remuneración de estos empleados, aseverando que ésta puede ser modificada o derogada por la ley "sin el consentimiento o intervención del empleado". Al respecto, debe decirse que el Congreso tiene facultad constitucional para establecer la Ley marco que defina los criterios, objetivos y normas sobre las cuales el Gobierno fija el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y las prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales, precepto desarrollado mediante la Ley 4ª ibídem. De esta previsión legal se desprende el inciso 2º del parágrafo del Artículo 3º del Decreto en estudio, el cual establece la facultad de las entidades públicas empleadoras del orden municipal y departamental para concertar en materia salarial "respetando los límites que fije el Gobierno Nacional", lo cual a su vez se concatena y depende de la autorización de la Ley y de su modificación o derogación.

Con esta aclaración, conviene adentrarnos en el parágrafo del Artículo 12 de la Ley 4ª, según el cual "[e]l Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional". La Corte Constitucional ha interpretado esta previsión, diciendo que si bien esta determinación "incide en el ejercicio de las facultades de las autoridades territoriales, no las cercena ni las torna inocuas. Ni el Congreso ni el Gobierno sustituyen a las autoridades territoriales en su tarea de establecer las correspondientes escalas salariales y concretar los emolumentos de sus empleados. Dentro del límite máximo, las autoridades locales ejercen libremente sus competencias"[37].Con todo, a la vista del alcance que ostenta esta facultad dada por el Congreso al Gobierno y a las entidades territoriales, el procedimiento adoptado por éstas genera un debate en otro nivel: ¿pueden las entidades públicas negociar la fijación del salario de éstos empleados?

Para responder a esta inquietud existen dos posiciones: la primera, que aduce la imposibilidad de relegar la decisión de la Administración para fijar los salarios a la contingencia propia de una concertación con organizaciones sindicales o gremios, arguyendo que la unilateralidad de la decisión contenida en los actos administrativos es elemento de la esencia de éstos, por lo cual no es predicable su libre negociabilidad; la segunda, que aduce como baluarte de las políticas salariales la participación de los sectores destinatarios de éstas. Ciertamente, los autores optamos por esta última, pues nuestra legislación ha adoptado el derecho de concertación como medio de regulación de las relaciones laborales bajo los postulados del diálogo social, elevado incluso al orden Superior. El modelo de Estado Social de Derecho constituye aspecto diferenciador al prototipo de Estado anterior, donde la vigencia de la Ley y su exégesis hacían de la democracia *representativa* su máxima. Lejos de ello, el orden actual deja de lado la reticencia propia de un Estado gendarme y abre paso a una democracia *participativa* donde todos los sectores conforman un consenso social en el procedimiento normativo.

Además, el Comité de Libertad Sindical (CSL) ha precisado frente a este tema que "[a]ntes de establecerse tales topes salariales, los empleadores y las organizaciones sindicales del sector público deben ser consultados y poder manifestar sus puntos de vista a la autoridad financiera correspondiente… independientemente de toda opinión expresada por las autoridades financieras, las partes en la negociación deberían encontrarse en condiciones de poder concluir libremente un acuerdo"[38]. De esta afirmación también se desprende la posibilidad que tienen las entidades territoriales y el ordenador del gasto para negociar con las organizaciones sindicales los topes salariales.

Encontrando eco esta afirmación, la Corte Constitucional se adhiere diciendo que es "igualmente legítimo" el desarrollo de "instancias para alcanzar una solución negociada y concertada entre las partes en caso de conflicto entre los empleados públicos y las autoridades"[39], a propósito de la exequibilidad del Artículo 416 del C.S.T. No obstante, precisa la Corte que "el artículo 7º [del Convenio 151 de la OIT] no consagra un derecho de negociación colectiva pleno para todos los servidores públicos sino que establece que los Estados deben adoptar "medidas adecuadas a las condiciones nacionales" que estimulen la negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones de servidores públicos… sin perjuicio de las competencias constitucionales de determinados órganos de fijar unilateralmente el salario y las condiciones de trabajo de estos empleados"[40], de allí que una vez agotados estos intentos de concertación, las autoridades puedan expedir unilateralmente los actos jurídicos que fijan las funciones y los emolumentos de los empleados públicos.

Lo anterior tiene mayor alcance al citar el artículo 6º del mismo Convenio, el cual admite que paralelamente a la concertación se articulen "sistemas de relaciones de trabajo en los que la negociación colectiva tenga lugar en el marco de mecanismos o de instituciones de conciliación o de arbitraje, o de ambos a la vez, en los que participen voluntariamente las partes". Esta norma, entonces, hace una diferenciación entre la concertación y los mecanismos alternos de solución de controversias, siendo oportuna tal delimitación para efectos de no equiparar ambos dispositivos jurídicos, pues como ya ha quedado sustentado, la concertación se refiere a la noción más amplia de *derecho-procedimiento.*

Adicionalmente, el artículo 7º del Convenio en estudio consagra la participación de las organizaciones sindicales en la toma de las decisiones que les afectan. Según la norma, las medidas adoptadas por las autoridades para fomentar la negociación colectiva "deberán ser objeto de consultas previas y, cuando sea posible, de acuerdos entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores y de trabajadores"[41]. Sin embargo, a pesar de la claridad con que este Convenio establece la obligación del Estado de escuchar a sus empleados, en opinión de líderes sindicales como Héctor Sánchez, asesor jurídico de FECODE, "se ha intentado concertar con el Gobierno para lograr mejores condiciones de trabajo para la Magistratura… son muchas las promesas. Se han presentado textos, pero [las autoridades] no dan respuesta y por ello se va a la huelga, incluso a sabiendas de que está prohibido"[42]. En perspectiva de Carlos Ramírez, dirigente sindical de FECODE, "mientras no exista un estatuto para negociar, el Gobierno tendrá los mecanismos para imponer sus políticas y nosotros no tendremos salida distinta a seguir luchando mediante mecanismos como la huelga"[43].

De allí que también deban evocarse las Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, en especial la número 163 de 1981 sobre la negociación colectiva, instrumento en el cual se insta a los Estados miembros a efectivizar la participación y el diálogo otorgando a las asociaciones sindicales la dirección "del contenido y la supervisión de los programas de formación sobre negociación colectiva", resaltando la importancia de propiciar un escenario donde las partes proporcionen información sobre su situación económica y social "para negociar con conocimiento de causa"[44]. Vemos, pues, la vasta utilidad de estos criterios para soportar nuestras afirmaciones.

De estas previsiones supranacionales se desprende a su vez lo contenido en los Artículos 4º al 7º del Decreto 535, que prevé las condiciones, instancias, procedimiento y etapas de la concertación. A pesar de establecer los presupuestos, tiempos y representantes de las partes, las organizaciones sindicales han considerado que estas normas no posibilitan el ejercicio de la negociación colectiva, "pues al hacer referencia a "la concertación" niega[n] la posibilidad de llegar a acuerdos en virtud del ejercicio de este derecho fundamental, a lo que se agrega el hecho de no prever fórmulas de arreglo para el caso de no llegar a acuerdos, como la conciliación, la mediación o el arbitraje"[45]. Al mismo tiempo, aducen que el Decreto "no fue consultado para su redacción final con las organizaciones de trabajadores estatales, sino que dejó de lado la propuesta que habían presentado las federaciones UTRADEC y UNETE, filiales de la CGT, FENALTRASE de la CUT y FENACER de la CTC"[46]. De estas afirmaciones se vislumbra que en la actualidad aún se aclama una reglamentación ajustada a los tratados internacionales y la legislación comparada, que provista de efecto útil estas disposiciones. Es tan cierta esta aseveración, que resulta de gran importancia preguntarse por la efectividad práctica del Decreto objeto de estudio, al excluir de la negociación colectiva a toda petición que verse sobre "las plantas de personal". No resulta cristalina la justificación de tal restricción, pues la realidad que las organizaciones sindicales alegan al respecto es la del "abaratamiento de la mano de obra impuesta mediante la tercerización y la contratación temporal"[47] en la Administración, adicionándose a ello "los problemas de las Cooperativas de Trabajo Asociado y la vinculación de trabajadores por órdenes de prestación de servicios (OPS), todas conductas para agredir y eliminar a los sindicatos"[48]. En opinión de estas organizaciones, "esta prohibición les arrebata a los servidores su principal herramienta para exigirle a la Administración la vinculación directa e indefinida"[49], pues, entre otras previsiones, el Decreto consagra la facultad de las entidades públicas empleadoras para descartar los procedimientos de concertación llevados a cabo, pudiendo acoger o no la propuesta elevada por las organizaciones sindicales en la expedición final de los actos administrativos que reglamenten la materia. Al no consagrar un mecanismo real que obligue a la Administración mediante la firma de un acuerdo u otro mecanismo análogo, empero, el Decreto hace aparente el derecho a la negociación colectiva de este sector.

Por las razones esgrimidas, el Gobierno Nacional reconoció que los términos de este Reglamento eran restringidos, y para el efecto en 2011 planteó a las organizaciones sindicales más representativas un proyecto por el cual se reglamentara el Artículo 416 del C.S.T. derogatorio del mencionado Decreto 535, con el objeto de evolucionar a "instancias de negociación entre las organizaciones sindicales de empleados públicos y las entidades del sector público, **finalidad establecida en el Decreto 535 de 2009 que a la fecha no ha sido posible su aplicabilidad,** por lo que se requiere derogarlo y establecer claras instancias para la negociación de las condiciones laborales de los empleados públicos…"[50] (negrita nuestra). Con todo, hasta hoy el presidente de la República no ha sancionado el texto – el cual, a diferencia de la norma vigente, fue socializado con las centrales obreras –, contentivo de aspectos ausentes en la norma vigente y de suma relevancia para efectivizar sus disposiciones, como la consagración del fuero y permiso sindicales.

El estado de cosas actual, como puede observarse, no es muy alentador puesto que no se concretó la expedición de esta norma a pesar de las expectativas legítimas creadas por el Gobierno Nacional a partir del reconocimiento de la necesidad de reglamentar la materia de forma eficaz, situación que podría ser susceptible de pronunciamiento judicial con ocasión de la acción de nulidad[51] incoada por la Central Unitaria de Trabajadores CUT en julio de 2009 contra este Decreto, proceso que hasta la fecha se encuentra al despacho para fallo.

En el sentido aludido, si llegase a declararse nulo el acto administrativo analizado, con más razón el Gobierno se vería en la obligación de concretar los compromisos adquiridos no sólo con las organizaciones sindicales sino con la OIT en lo relativo a las obligaciones derivadas de los Convenios 151 y 154, con el ánimo de evitar huelgas como las presentadas en la rama judicial en 2009 – cuyo cese de actividades se prologó por 41 días, lo cual paralizó a la función judicial –. Por ahora, las quejas ante la OIT por causa de las violaciones al derecho de negociación colectiva de empleados públicos en Colombia han aumentado considerablemente [52] , más aun con ocasión de la falta de sanción del mencionado proyecto. Conviene, pues, sacar de la incertidumbre práctica a un conglomerado de empleados que en las zonas urbanas de Colombia para el último censo nacional sumó un total de 987,325 personas, y en la región rural equivalió a 110,258, para un total de empleados públicos de 1,097,583 personas[53].

3.1. Comentarios al nuevo Decreto 1092 de 2012

Recientemente la Presidencia de la República promulgó el Decreto 1092 del 24 de Mayo de 2012, con el fin de subsanar las falencias que presentaba el anterior y comentado Decreto 535 de 2009. Adicionalmente, teniendo en cuenta el contexto político y social presente, este decreto busca apaciguar la lucha que el gobierno ha venido presentando con las federaciones y sindicatos de empleados públicos, dado que éstos apoyaban la baja al tan criticado proyecto de Ley 30 (de reforma a la educación nacional), tema que no abordaremos en este ensayo.

Teniendo en cuenta los comentarios presentados al Decreto 535, ahora mencionaremos los cambios que el Decreto 1092 de 2012 adiciona y modifica al tema. Ahora bien, es menester analizar si realmente este decreto soluciona algunos de los vacíos existentes en la negociación entre el Estado-empleador y las organizaciones sindicales de empleados públicos.

Como primer aspecto, es importante resaltar que el Decreto 1092 de 2012, en su parte considerativa, deja ver su inspiración jurídica en el convenio 151 de la OIT, el cual ratifica que el Estado colombiano sigue los lineamientos que ratificó ante la mencionada Organización Internacional. Por otro lado, hay que destacar que el nuevo decreto no desconoce la ley 4 de 1992.

Con la entrada en vigencia del nuevo decreto, se puede evidenciar que se intenta ampliar las garantías al derecho de negociación colectiva, toda vez que el procedimiento de negociación toma más amplitud y exactitud en todos sus aspectos. Para ello, el decreto 1092 de 2012, comienza presentando un completo glosario de palabras pertinentes para un buen entendimiento del procedimiento que garantizará el ejercicio del controvertido derecho de negociación colectiva de los empleados públicos.

En el mismo sentido, en el art. 5 del decreto 1092 de 2012, se empiezan a abordar las condiciones para la negociación de lo que el decreto llama plie-

go de solicitudes, con el cual se inicia el procedimiento de negociación entre Empleador-Estado y empleados públicos; para lo cual estimamos pertinente citarlo a continuación el:

> *"ARTÍCULO 5. CONDICIONES PARA LA NEGOCIACIÓN DEL PLIEGO DE SOLICITUDES. La negociación del pliego de solicitudes estará precedida de las siguientes condiciones:*
>
> *1. La Organización Sindical que agrupe empleados públicos deberá estar inscrita y vigente en el registro sindical del Ministerio del Trabajo;*
> *2. Las solicitudes deberán ser adoptadas por la Asamblea General de la correspondiente organización sindical;*
> *3. La entidad pública empleadora tendrá en cuenta la obtención de la disponibilidad presupuestal en los eventos en que se genere gasto en asuntos susceptibles de negociación;*
> *4. Los pliegos de solicitudes deberán presentarse en el primer trimestre de cada año calendario"*[54].

Igualmente, el Decreto consideró necesario fijar unos parámetros para ejercer la negociación entre el Estado-Empleador y los empleados públicos, para lo cual, en sus artículos 6 y 7 se estableció un procedimiento completo, que incluye los términos de desarrollo del procedimiento de negociación, instituyendo de manera precisa los actores que irrumpen en el proceso de negociación por cada una de las partes. De esta manera, una de las novedades que nos trae este nuevo procedimiento, es la forma de cierre de la etapa de negociación, la cual se llevará a cabo levantando un acta final que señale los acuerdos y desacuerdos a que se llegue, recogiendo los argumentos expuestos por cada una de las partes al interior de la negociación.

Después de la firma del acta suscrita por las partes, el procedimiento prevé que el Estado-Empleador, tenga 15 días hábiles, para expedir un acto administrativo que manifieste motivadamente su conformidad o disconformidad con las peticiones de la organización sindical; sin embargo, el decreto prevé que de no llegar a alguna solución en algunos puntos pueda designarse mediadores de una lista única nacional, integrada por el Ministerio del Trabajo. No obstante, se evidencia cómo este punto al cual hemos llegado, es el que suscita mayor controversia al interior de las organizaciones sindicales de empleados públicos, toda vez que algunos dirigentes sindicales, manifiestan que el decreto no es más que la ratificación de que el Estado-Empleador no se ve interesado por la negociación con estas organizaciones, puesto que en caso de que sus solicitudes no estén acorde a las políticas de gobierno, estos sacarán un haz bajo su manga, expidiendo unilateralmente actos administrativos, que manifiesten su política administrativa.

A manera de ejemplo nos permitimos citar al dirigente sindical Carlos Ernesto Castañeda Ravelo, quien en su blog, deja ver su posición acerca del decreto 1092 de 2012:

> *"1.En el decreto 1092 de 2012 No se menciona el derecho de huelga ni se señala cuáles servicios son esenciales y cuáles no, manteniendo la misma política actual: No respeta derecho a la huelga. 2. No señala nada respecto del pago de cuotas de no sindicalizados por beneficio de los acuerdos, incentivando el debilitamiento del derecho de asociación sindical, al facilitar un reconocimiento sin causa a quienes no hacen nada por obtener los acuerdos. 3. Se cambió en el texto íntegro la palabra concertación por negociación. Claro que no es un problema semántico, es que no se regula lo sustancial adecuadamente. 4. Recuérdese muy bien que se pactó con el movimiento sindical un texto en la subcomisión sectorial para el sector público de la comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales, y que lo decretado no es el texto acordado. Ver proyecto acta de acuerdo. Ver proyecto de decreto. 5. Existe incongruencia entre redacción del artículo 3 numeral 6 y el artículo 7 numeral 2, pues el primero menciona negociación con una entidad y el otro con varias a la vez. Además no hace imperativo que exista negociación conjunta en la parte estatal, la deja como opcional, limitando el fundamental avance de negociación sectorial, que es importante incluso para el gobierno. 6. Las garantías que aparentemente incluye, no son tales pues señala que son las existentes. Hizo falta claramente señalar el fuero sindical por negociación regulado solo para trabajadores oficiales y particulares y determinar cuáles permisos son los que se asignan para negociación, pues el decreto 2813 determina que debe concertarse, dejando abierta la posibilidad de que no haya concertación previa y se afecte la negociación"*[55].

Nuestra opinión es acorde con la comunidad sindical puesto que, en realidad el decreto se queda corto y no cubre la mayoría de las problemáticas que anteriormente mencionábamos. Por ejemplo, no hay certeza de que se le haya dado un espacio a las organizaciones sindicales para opinar o para participar, antes de la expedición de este decreto, con lo cual deja verse que la Presidencia de la República a grandes rasgos sigue con la política de llevar el punto de partida para el desarrollo del derecho de negociación colectiva de los empleados públicos sin tener en cuenta las opiniones de estos últimos.

Por otro lado, vemos que la legislación colombiana se va acercando al desarrollo de un procedimiento más fuerte de negociación colectiva de empleados públicos; sin embargo, este procedimiento aún presenta falencias de fondo que desprotegen la igualdad que debe existir en todo tipo de negociación.

Conclusiones

El derecho de negociación colectiva para los empleados públicos en Colombia es reconocido por la Carta y las Normas Internacionales del Trabajo incorporadas a la legislación nacional. No obstante, aunque teóricamente se cuenta con el derecho de concertación como manifestación de este derecho lo cual en principio tranquilizaría el debate, ciertamente se echaban de menos mecanismos efectivos que cristalicen la aplicación de los Convenios 151 y 154 en la práctica de la negociación colectiva en que son partícipes el Estado y sus empleados. Si bien en la actualidad son usados mecanismos alternativos de solución, no es posible concluir que éstos tengan virtualidad para determinar, en todos los casos, la correcta aplicación de criterios – que distan de ser unívocos – en pos de soluciones a los conflictos colectivos que parezcan adecuadas a ambas partes, más aún, reconociendo el carácter amplio de la noción de *concertación* que no la hace confundible con la conciliación o el arbitraje.

Dada esta realidad, es preciso afirmar que en el futuro el tema no será pacífico si se ignora la necesidad de reglamentación de un procedimiento eficaz para efectos de que el Estado-empleador y los líderes de organizaciones sindicales de empleados públicos sean convocados a una mesa de concertación donde se logren acuerdos que luego sean tramitados como Leyes. Así, el criterio que se adopte puede variar de acuerdo con dos posturas: una, de la Corte Constitucional, quien como se vio considera que es necesaria una Ley contentiva de los términos de la negociación y del acuerdo; y otra, correspondiente a la posición del Consejo de Estado, según el cual sólo se requiere un Decreto Reglamentario que desarrolle la Ley aprobatoria de los Convenios en comento.

Sobre la naturaleza de la norma llamada a regular la cuestión, es pertinente reiterar que la Constitución Nacional precisó que estos Tratados son parte de la legislación interna, por lo cual basta con afirmar que hace falta un Decreto Reglamentario en los términos expuestos por el Máximo Tribunal Contencioso-Administrativo.

Conforme a lo reflexionado, consideramos útil plantear una solución al tema, consistente en la expedición de un Reglamento en concordancia con

las recomendaciones y convenios de la OIT pretéritamente abordados, cuyo contenido se refiera al menos a los siguientes considerandos: a) trámite por el cual los sindicatos de empleados públicos pueden acceder a la concertación con el Gobierno; b) quiénes pueden ser negociadores o representantes de las partes, y si es preciso, mediadores; c) asuntos *concertables* de acuerdo con la Constitución y la Ley; d) garantías sindicales para los empleados públicos o las organizaciones que actúen en su nombre; e) forma y contenido del acuerdo, y f) mecanismos de instrumentación, seguimiento y control de éste para garantizar su efectividad.

En fin, es pertinente invitar a un consenso que permita a las partes del conflicto colectivo llegar a acuerdos institucionalizados, frutos de una previsión reglamentaria clara, que redunden en beneficio del servicio público y de la ciudadanía, quien en últimas se afecta por causa de la paquidermia estatal y de antaño tratamiento paliativo de esta problemática si llegase a presentarse, v. gr., un cese de actividades de un sector de la Administración Pública.

Finalmente, a pesar de que el Decreto 1092 de 2012 intenta suplir las grandes falencias que se presentaban en el ejercicio como tal del derecho de negociación colectiva de los empleados públicos, no se evidencia intervención alguna de las organizaciones sindicales para contribuir de una u otra forma en los temas propios del decreto, antes de su expedición, con lo cual podría pensarse que el Estado intenta solucionar un problema presente entre los empleados públicos pero sin tener en cuenta sus reales opiniones o aportes.

Bibliografia

Fuente Legal

Constitución Política de Colombia

Código Sustantivo del Trabajo

ARGENTINA. CONGRESO DE LA NACIÓN. Ley Nº 24185 de 1992 (11 de Noviembre). *Sobre Negociaciones colectivas de trabajo para trabajadores del Estado*. Boletín Oficial de 21 de diciembre de 1992 [en línea]. (Consultado 22, enero, 2012). Disponible en: <http://biblioteca.afip.gov.ar/gateway.dll/Normas/Leyes/ley_c_024185_1992_11_11.xml>.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 4 de 1992 (mayo 18). Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política. Bogotá D.C., Diario Oficial No. 40.451.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 278 de 1996 (abril 30). Por la cual se desarrolla la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales creada por el artículo 56 de la Constitución Política. Bogotá D.C., Diario Oficial No. 42.783.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 411 de 1997 (noviembre 5). Por medio de la cual se aprueba el "Convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública", adoptado en la 64 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1978. Bogotá D.C., Diario Oficial No. 43.168.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 524 de 1999 (agosto 12). Por medio de la cual se aprueba el "Convenio Número Ciento Cincuenta y Cuatro (154) sobre el Fomento de la Negociación Colectiva", adoptado en la Sexagésima Séptima (67) Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, con fecha diecinueve (19) de junio de mil novecientos ochenta y uno (1981). Bogotá D.C., Diario Oficial No 43.670.

COLOMBIA. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Decreto 535 de 2009 (febrero 24). Por el cual se reglamenta el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial, Bogotá D.C., no. 47.273.

COLOMBIA. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Proyecto de Decreto por el cual se reglamenta el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, 2011, . En: http://www.sintrambiente.org/articulos%20externos/FinalProyectoReforma535-09.pdf, fecha de consulta: 10 de marzo de 2012.

COLOMBIA, MINISTERIO DEL TRABAJO. Decreto 1092 de 2012 (mayo 24) por el cual se reglamentan los artículos 7 y 8 de la Ley 411 de 1997 en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos, en http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2012/Documents/Mayo/24/dec109224052012.pdf

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 4919 de 2011 (diciembre 26). Por el cual se fija el salario mínimo legal. Bogotá D.C., Diario Oficial. No. 48294.

Fuente Jurisprudencial

Anales del Consejo de Estado, año iv, t. xcix, no. 467 y 468, 2º semestre de 1980, Sección segunda. Sentencia del 21 de Octubre de 1980. Exp. 2891, pp 133-135. Citado por Villegas Arbeláez, Empleados Públicos y Derecho de Negociación Colectiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2a Ed., 2007. p. 92.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 315 de Julio 19 de 1995. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

_____. Sentencia C-053 de marzo 4 de 1998. M.P.: Fabio Morón Díaz.

_____. Sentencia C-110 de marzo 10 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia C-401 de 14 de Abril de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____.Sentencia C-1234 de noviembre 29 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 11 de febrero de 1998. Rad. No. 1072. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

_____. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de mayo 13 de 1998. Radicación No. 16247. C.P. Javier Díaz Bueno.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Consulta de procesos judiciales, 2012, en http://200.74.129.89/procesos/consultap.aspx, fecha de consulta: marzo 14 de 2012.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia de julio 15 de 2009. Radicación No. 36.600. M. P. Luis Javier Osorio López.

_____. Sala de Casación Laboral. Sentencia de marzo 16 de 2010. Radicación No. 36397. M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

Fuente Doctrinal

Asociación de Servidores Públicos del Ministerio de Defensa y de las entidades que conforman el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, ASEMIL ante la Organización Internacional del Trabajo- OIT, en http://www.asemil.

org.co/uploadDocument/Queja-OIT.pdf, fecha de consulta: marzo 10 de 2012.

A.A.V.V., "Con el Decreto 535 de 2009 el Gobierno se burla del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos", Polo Democrático Alternativo, 2009, en http://www.moir.org.co/CON-EL-DECRETO-535-DE-2009-EL.html, fecha de consulta: 10 de marzo de 2012.

Bernard GERNIGON, Alberto ODERO y Horacio GUIDO. Principios de la OIT sobre la negociación colectiva. Revista Internacional del Trabajo, vol. 119, 2000, no. 1, p. 54, en http://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/gernigon.pdf, fecha de consulta: marzo 10 de 2012.

ESCUELA NACIONAL SINDICAL – ENS, Agencia de Información laboral, "Misión de Alto Nivel de OIT visitó la CGT", Febrero 18 de 2011, en: http://www.ens.org.co/index.shtml?apc=Na--;-;20166319;-20166319;&x=20166319, fecha de consulta: marzo 2 de 2012.

Hermes Fernando MARTÍNEZ, ¿Son competitivos los salarios públicos en Colombia? Departamento Nacional de Planeación, Archivos de Economía, 2008, p. 2, en http://www.banrep.gov.co/documentos/conferencias/2009/martinez_docum.pdf, fecha de consulta: marzo 10 de 2012.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). El Asesor en Diálogo Social. Guía de negociación tripartita. Proyecto OIT – Gobierno de España "Diálogo social y reconversión y capacitación laboral para los países andinos", 1998 (Consultado 22, enero, 2012) [en línea]. Disponible en: <http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/doctrab/dt_080.pdf>.

Carlos ORJUELA GÓNGORA, Los principios constitucionales laborales y su aplicación en el Derecho Administrativo Laboral. Trabajo de posesión como miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá D.C., 20, abril, 2006 [en línea]. (Consultado 15, enero, 2012). Disponible en: <http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20orjuela%20gongora>.

Jorge VILLADA, Diálogo social, la concertación y la negociación colectiva. En: "Negociación colectiva del sector público: obstáculos y posibilidades jurídicas, organizativas y políticas". Colombia: Escuela Nacional Sindical, 2005. (Consultado 22, enero, 2012) [en línea]. Disponible en: <http://sala.clacso.org.ar/gsdl/cgi-bin/library?e=d-000-00---0ens--00-0-0--0prompt-10---4------0-1l--1-es-50---20-about---00031-001-1-0utfZz-8-10&a=d&c=ens&cl=CL2&d=HASH018eb9e598419747-c9f2df77.5>.

Jairo VILLEGAS ARBELÁEZ, Empleados Públicos y Derecho de Negociación Colectiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2a Ed., 2007. 192 p.

CASTAÑEDA RAVELO, Carlos Ernesto. "Comentarios al Decreto 1092 del 24 de Mayo de 2012, en http://cecastanedar.blogspot.com/2012/05/comentarios-al-decreto-1092-del-24-de.html

Convenios y Recomendaciones de la OIT

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Convenio No. 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública. Ginebra, junio 27 de 1978 [en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C151>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Convenio No. 154 sobre la negociación colectiva. Ginebra, junio 19 de 1981 [en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C154>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Recomendación No. 163 sobre la negociación colectiva. Ginebra, junio 19 de 1981 [en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R163>.

Entrevistas

Germán GARCÍA DELGADO, Presidente del Sindicato Nacional de Servidores públicos SINALSERPUB. Bogotá D.C., Colombia. Entrevista realizada el 17 de Diciembre de 2011.

Héctor SÁNCHEZ, Federación Nacional de Educadores FECODE. Bogotá D.C., Colombia. Entrevista realizada el mes de noviembre de 2011.

Carlos RAMÍREZ, Federación Nacional de Educadores FECODE. Bogotá D.C., Colombia. Entrevista realizada el mes de noviembre de 2011.

Notas

* Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Monitora de la asignatura de Derecho Administrativo colombiano y del Área de Derecho Laboral del Consultorio Jurídico de la misma Universidad, Coordinadora del semillero de Derecho Administrativo y miembro del Consejo Editorial de la Revista Virtual de Estudiantes DISSÊRTUM de la misma Facultad. Correo electrónico: ana.carranza@unisabana.edu.co

** Estudiante de séptimo semestre de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Monitora de Seguridad Social y Coordinadora del semillero de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Correo electrónico: aura.lozano@unisabana.edu.co

*** Estudiante de séptimo semestre de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Monitor de Obligaciones I. Correo electrónico: juan.baquero@unisabana.edu.co

1. La OIT ha adoptado varias normas que tratan directa o indirectamente de la negociación colectiva o temas conexos: Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91), Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135), Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, 1951 (núm. 92), Recomendación sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (núm. 149), Convenio sobre las relaciones de trabajo en la Administración pública, 1978 (núm. 151), Recomendación sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 159), Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154), y Recomendación sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 163). Citado por Bernard GERNIGON, Alberto ODERO y Horacio GUIDO. Principios de la OIT sobre la negociación colectiva. Revista Internacional del Trabajo, vol. 119, 2000, no. 1, p. 39, en http://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/gernigon.pdf, fecha de consulta: marzo 10 de 2012.
2. Op. Cit.,p. 40.
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-110 de marzo 10 de 1994. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1234 de noviembre 29 de 2005. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).
5. El numeral 2º del artículo 1º del Convenio 151 de la OIT faculta a las legislaciones nacionales para determinar "hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos, o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial". Así, Colombia limitó las garantías que provee tal Convenio a los empleados públicos debido a las especiales funciones que desempeñan, en especial en materia de servicios públicos, de modo que no se afecte el interés general.
6. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1234 de noviembre 29 de 2005. Op. Cit.
7. Jorge VILLADA, Diálogo social, la concertación y la negociación colectiva. En: "Negociación colectiva del sector público: obstáculos y posibilidades jurídicas, organizativas y políticas". Colombia: Escuela Nacional Sindical, 2005. (Consultado 22, enero, 2012) [en línea]. Disponible en: <http://sala.clacso.org.ar/gsdl/cgi-bin/library?e=d-000-00---0ens--00-0-0--0prompt-10---4------0-1l--1-es-50---20-about---00031-001-1-0utfZz-8-10&a=d&c=ens&cl=CL2&d=HASH018eb9e598419747c9f2df77.5>.
8. Ibíd.
9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1234 de noviembre 29 de 2005, Op. Cit.
10. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). El Asesor en Diálogo Social. Guía de negociación tripartita. Proyecto OIT – Gobierno de España "Diálogo social y reconversión y capacitación laboral para los países andinos", 1998 (Consultado 22, enero, 2012) [en línea]. Disponible en: <http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/doctrab/dt_080.pdf>.
11. Literal a) del Artículo 2º de la Ley 278 de 1996 (abril 30). Por la cual se desarrolla la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales creada por el artículo 56 de la Constitución Política. Bogotá D.C., Diario Oficial No. 42.783.
12. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 4919 de 2011 (diciembre 26). Por el cual se fija el salario mínimo legal. Bogotá D.C., Diario Oficial. No. 48294.
13. Literal c) del Artículo 2º de la Ley 4 de 1992 (mayo 18). Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política. Bogotá D.C., Diario Oficial No. 40.451.
14. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia de marzo 16 de 2010. Radicación No. 36397. M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza.
15. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia de julio 15 de 2009. Radicación No. 36.600. M. P. Luis Javier Osorio López.
16. Ibídem.
17. Esta palabra puede ser interpretada como la ejecutividad y ejecutoriedad, atributos del Acto Administrativo que lo dotan de obligatoriedad según la noción tradicional de unilateralidad de que goza la Administración para proferir sus decisiones, haciéndolas oponibles a sus destinatarios sin consultar la voluntad de éstos para obligarse por ellas. Muy por el contrario, en el caso bajo examen, las autoridades públicas están en la obligación de escuchar las peticiones que respetuosamente les formulen los empleados públicos, en pro de generar un

acuerdo materializado en las Leyes y Reglamentos reguladores de las citadas condiciones laborales.

18. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia de marzo 16 de 2010. Op. Cit.

19. Ibídem.

20. El Artículo 7º del Convenio 151 de la OIT consagra que "[d]eberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones".

21. El Artículo 8º del Convenio 151 de la OIT establece que "[l]a solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados".

22. El numeral 1º del artículo 1º del Convenio 151 de la OIT establece el ámbito de aplicación del Tratado sobre "todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo".

23. Jairo VILLEGAS ARBELÁEZ, Empleados Públicos y Derecho de Negociación Colectiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2a Ed., 2007. p. 97.

24. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de mayo 13 de 1998. Radicación No. 16247. C.P. Javier Díaz Bueno.

25. Carlos ORJUELA GÓNGORA, Los principios constitucionales laborales y su aplicación en el Derecho Administrativo Laboral. Trabajo de posesión como miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá D.C., 20, abril, 2006 [en línea]. (Consultado 20, enero, 2012).. Disponible en: <http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20orjuela%20gongora>.

26. Ibídem.

27. En relación con el tema, el doctrinante Jairo Villegas Arbeláez explica que "la soberanía como atributo político del Estado no comporta la noción de soberano-absoluto predicable del monarca en posición de vasallaje, sino que el poder del Estado es relativo en función de la realización de los derechos sociales de los ciudadanos y en especial del trabajo y del trabajador". Villegas Arbeláez, Op. Cit., p. 28.

28. En lo tocante al tema, es oportuno citar la argumentación de la Corte en Sentencia C-401 de 14 de Abril de 2005, (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), según la cual los Convenios de la OIT, en su aplicación, no su nivel normativo ni su fuerza jurídica, pueden ser aplicados de manera supletoria cuando haya un vacío legal, lo cual no les resta carácter vinculante como parte de la legislación interna. Así, según la materia que regulen, estos Convenios pueden hacer parte del bloque de constitucionalidad stricto sensu o lato sensu, previa interpretación de la Corte Constitucional en cada caso. En consecuencia, aquellos Tratados que hagan parte del bloque stricto sensu prevalecen en el orden interno, y los que conforman el bloque lato sensu orientan la interpretación de la norma suprema.

29. En palabras de Villegas Arbeláez, fue este criterio el que motivó la redacción de un proyecto de Decreto Reglamentario de la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151, adoptado por la Subcomisión bilateral de concertación del Sector Público, cuyo texto puede observarse en la obra ya citada. VILLEGAS ARBELÁEZ, Op. Cit., pp. 93, 134-141.

30. Anales del Consejo de Estado, año iv, t. xcix, no. 467 y 468, 2º semestre de 1980, Sección segunda. Sentencia del 21 de Octubre de 1980. Exp. 2891, pp 133-135. Citado por VILLEGAS ARBELÁEZ, Op. Cit., p. 92.

31. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Decreto 535 (Febrero, 24, 2009). Por el cual se reglamenta el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial, Bogotá D.C., no. 47.273.

32. Op. Cit., Artículo 2º.

33. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-053 de marzo 4 de 1998. M.P.: Fabio Morón Díaz.

34. CORTE CONSTITUCIONAL. Op. Cit., párr. 12.

35. Ibídem.

36. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 11 de febrero de 1998. Rad. No. 1072. C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

37. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 315 de Julio 19 de 1995. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Aclara además la Corte Constitucional el ámbito de competencias señaladas por este artículo, pues "el Presidente señala la funciones especiales de los empleados públicos y fija sus emolumentos (C.P. arts. 150 ord. 19 y 189 ord. 14). Este reparto de competencias se reproduce en el ámbito territorial, pues las asambleas y los concejos determinan las escalas de remuneración de los distintos empleos, mientras que los gobernadores y los alcaldes señalan sus funciones especiales y fijan sus emolumentos (C.P. arts 300 ord. 7º, 305 ord. 7º, 313 ord. 6º y 315 ord. 7º)".

38. Bernard GERNIGON, Alberto ODERO y Horacio GUIDO, Op. Cit., p. 54.

39. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 1234, Op. Cit.

40. Ibídem.

41. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Convenio No. 154 sobre la negociación colectiva. Ginebra, junio 19 de 1981 [en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C154>.

42. Héctor SÁNCHEZ. Federación Nacional de Educadores FECODE. Bogotá D.C., Colombia. Entrevista realizada el mes de noviembre de 2011.

43. Carlos RAMÍREZ. Federación Nacional de Educadores FECODE. Bogotá D.C., Colombia. Entrevista realizada el mes de noviembre de 2011.

44. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Recomendación No. 163 sobre la negociación colectiva. Ginebra, junio 19 de 1981 [en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R163>.

45. ESCUELA NACIONAL SINDICAL – ENS, Agencia de Información laboral, "Misión de Alto Nivel de OIT visitó la CGT", Febrero 18 de 2011, en: http://www.ens.org.co/index.shtml?apc=Na--;-;20166319;-20166319;&x=20166319, fecha de consulta: marzo 2 de 2012.

46. Op. Cit.

47. A.A.V.V., "Con el Decreto 535 de 2009 el Gobierno se burla del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos", Polo Democrático Alternativo, 2009, en http://www.moir.org.co/CON-EL-DECRETO-535-DE-2009-EL.html, fecha de consulta: 10 de marzo de 2012.

48. Germán GARCÍA DELGADO. Presidente del Sindicato Nacional de Servidores públicos SINALSERPUB. Bogotá D.C., Colombia. Entrevista realizada el 17 de Diciembre de 2011.

49. Ibídem.

50. COLOMBIA. MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Proyecto de Decreto por el cual se reglamenta el Artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, 2011, en http://www.sintrambiente.org/articulos%20externos/FinalProyectoReforma535-09.pdf, fecha de consulta: 10 de marzo de 2012.

51. COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Consulta de procesos judiciales, 2012, en http://200.74.129.89/procesos/consultap.aspx, fecha de consulta: marzo 14 de 2012.

52. Muestra de ello puede observarse en la queja interpuesta por la Asociación de Servidores Públicos del Ministerio de Defensa y de las entidades que conforman el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y Policía Nacional ASEMIL, ante la Organización Internacional del Trabajo- OIT, en http://www.asemil.org.co/uploadDocument/Queja-OIT.pdf, fecha de consulta: marzo 10 de 2012.

53. Hermes Fernando MARTÍNEZ, ¿Son competitivos los salarios públicos en Colombia? Departamento Nacional de Planeación, Archivos de Economía, 2008, p. 2, en http://www.banrep.gov.co/documentos/conferencias/2009/martinez_docum.pdf, fecha de consulta: marzo 10 de 2012.

54. COLOMBIA, MINISTERIO DEL TRABAJO. Decreto 1092 del 24 de Mayo de 2012 por el cual se reglamentan los artículos 7 y 8 de la Ley 411 de 1997 en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos, en http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2012/Documents/Mayo/24/dec109224052012.pdf

55. Carlos Ernesto CASTAÑEDA RAVELO. "Comentarios al Decreto 1092 del 24 de Mayo de 2012, en http://cecastanedar.blogspot.com/2012/05/comentarios-al-decreto-1092-del-24-de.html

La eficacia directa del derecho comunitario europeo y su protección jurídica en los sujetos particulares

Javier Alexander Escobar Castiblanco

RESUMEN

El desarrollo del comercio internacional exige la creación e implementación subsistemas jurídicos ajustados a las realidades económicas y comerciales entre Estados miembros comunitarios, con el intercambio de bienes y servicios a través de tratados y acuerdos multilaterales. Las asimetrías propias de las autoridades estatales en sus dinámicas e intereses nacionales frente a los particulares, apuntan a la generación de conflictos en este tipo de actividades. La consagración del principio de eficacia directa del Derecho Comunitario frente a los ordenamientos jurídicos nacionales y sus mecanismos de solución de controversias en Europa, brindan el efecto directo y efectivo de las disposiciones supranacionales en los poderes públicos estatales, bajo el acatamiento del acervo comunitario proferido en virtud del sistema jurídico nacional que se trate. Este artículo pretende apreciar estos elementos en sus destinatarios, su validez e importancia a través del marco de Derecho Comunitario de la Unión Europea.

ABSTRACT

The international commerce developments needs a constitution of legal subsystems in which treaties and multilateral agreements are complemented with economical and commercial realities, massive production of goods and service exchanges between european member States. Those common dynamics with particular interests and market asymmetries are directed to the establishment of controversies in this kind of activities. Exigencies of individuals in a european conflict resolution depends of the direct effect concept in their legal institutions, to get the obedience of the communitarian rules proffered in juridical systems accorded with. This essay pretends to reach those elements in its recipients, the validity and importance of this management through the European Union Communitarian Law.

PALABRAS CLAVE

Derecho Comunitario Europeo, Efecto Directo, Resolución de Controversias, Sujetos Particulares, Supranacionalidad, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Tratado de la Comunidad Económica Europea, Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Tribunal de Justicia Europeo.

KEYWORDS

Court of Justice of the European Communities, Direct Effects, Dispute Resolution, European

Court of Justice, European Economic Community, European Union Communitarian Law, Individuals, Supranational, Treaty of the European Economic Community, Treaty of the Functioning of the European Union.

INTRODUCCIÓN

Con el aumento en el nivel de desarrollo de los países a nivel subregional y la necesidad de integrar bloques económicos sólidos para asegurar mecanismos de participación económica a nivel global, se ha iniciado y viene a consolidarse a través de los modelos de integración, un camino en el que los Estados de manera recíproca se facilitan el beneficio común respecto de otros países.

Ello no es distante al logro de una estabilidad económica y la constante búsqueda de nuevos mercados, facilidades en materias arancelarias y aduaneras, o incentivos en materia de importaciones e intercambio común de mercancías, con el fin de consolidar garantías comerciales suficientes en los ordenamientos internos nacionales. La apertura común entre países se convierte en el punto de mayor nivel en términos de integración, que no solamente se constituye bajo el intercambio de bienes y servicios necesarios para un mejor andar económico de los Estados, sino que también aparecen como esenciales distintos factores de producción en forma de capitales, mano de obra o grandes inversiones que de entrada, resultan insuficientes para el manejo y control por parte de las autoridades estatales[1].

Los esfuerzos propios de una aceleración económica en temas trascendentales para el progreso subregional, han visto sus frutos en políticas comunes adelantadas por las instituciones de carácter supranacional, regidas por los tratados y adoptadas bajo medidas operativas eficaces. Ese objetivo de acrecentar un mercado común entre países, no solamente se reduce a la posibilidad que entre Estados se creen y faciliten formas de intercambios de bienes y servicios, sino que los sujetos particulares, como grandes protagonistas de las operaciones mercantiles, accedan a los organismos de administración de justicia comunitaria, a fin de hacer valer los derechos que se derivan de su calidad de sujetos integrantes del ordenamiento jurídico comunitario.

Del planteamiento del tema y sus repercusiones económicas y comerciales, el escrito tiene como propósito la elaboración jurídica y comunitaria a partir de un análisis institucional y de conceptos normativos en el marco del Derecho de la Unión Europea. Con este objetivo, la investigación pretende vislumbrar y dar a conocer el significado de la eficacia directa del Derecho Comunitario en términos de participación de los sujetos particulares, personas naturales y jurídicas destinatarias del ordenamiento supranacional, frente a los tratados de la Unión y respecto del acervo comunitario europeo en sus mecanismos institucionales y de solución de controversias.

Comprender el estado del arte desde una perspectiva teórica, supone demostrar la eficacia directa del Derecho Comunitario europeo en términos de participación de cualquier sujeto individual como objeto esencial de estudio. Sin perjuicio de la amplitud y progresividad en el tema de los particulares como sujetos de protección comunitaria, dichos sujetos serán el fundamento mismo de respuesta a la inquietud general planteada, a partir del tratamiento adecuado del efecto o eficacia directa en la institucionalidad europea, y su finalidad jurídica de brindar la aplicación inmediata de sus disposiciones en el derecho nacional cuando de ellas se desprenden derechos y obligaciones para los destinatarios particulares.

Los cambios generados por los cada vez más frecuentes procesos de integración subregional, vienen a justificar la constitución de estructuras jurídicas útiles y proporcionales a las condiciones de los Estados miembros frente a sus ciudadanos. Los acercamientos y fórmulas conjuntas de acompañamiento ante nuevas circunstancias de respuesta a un mundo globalizado, han sido determinantes al momento de evaluar la realidad de los Estados miembros en su identificación económica, política, cultural o ambiental, que entre otras, son finalidad última para la consolidación de dichos procesos.

Sin embargo, los fenómenos comunitarios no son ajenos a dificultades y asimetrías surgidas por actuaciones propias de cada Estado miembro, que respaldadas por su derecho soberano en sistemas jurídicos individuales y con necesidades propias bien distintas, producen efectos contrarios ante los sucesos que desvían el curso de los instrumentos jurídicos de integración. Así, un estudio en propiedad del proceso de integración europea, justifica la utilidad de los demás instrumentos comunitarios y de comercio internacional, además de profundizar su importancia en la consolidación de bloques subregionales y mecanismos comunitarios de integración, y su propósito fundamental de ampliar el ámbito de participación al sujeto particular.

Del análisis expositivo y argumentativo del escrito, se elaborará una estructuración descriptiva de las instituciones comunitarias en la Unión Europea, y su fundamento en las denominadas fuentes de Derecho Comunitario europeo. Las normas e instituciones jurídicas que en su conjunto forman parte del acervo comunitario europeo, extraídas de los tratados constitutivos, complementarios de adhesión o de funcionamiento de la Unión Europea, así desarrolladas por los mecanismos creados en dichos instrumentos, y aplicadas por los organismos creados para tal fin, serán los apropiados para determinar el grado de participación de los particulares en la toma de decisiones judiciales al momento de protegerlos.

El proceso de integración en territorios y destinatarios europeos, es claro ejemplo de la defensa y protección efectiva en sujetos particulares ante la aparición de controversias jurídicas. El mecanismo de acceso al Derecho Comunitario europeo, faculta a personas físicas o jurídicas para recurrir contra los actos comunitarios de los cuales son destinatarios y que directa e individualmente les afecta[2]. Asimismo, es el Tribunal Europeo de Justicia, quien con su activa labor jurisdiccional sienta precedentes de sus interpretaciones y contribuye directamente a la actividad del particular en la consolidación de un mercado común, que por la pluralidad de países miembros se convierte en el reto más importante y de mayor análisis en temas de interés para la Unión.

Fundamentalmente, el desarrollo de la investigación se tratará a través de cuatro ejes temáticos que tienen por finalidad vincular el desarrollo del Derecho Comunitario europeo y la eficacia directa de sus disposiciones en los sujetos particulares.

Inicialmente, se orientará en forma de análisis histórico al acceso de sujetos particulares a la justicia comunitaria, como fundamento jurisprudencial del principio de eficacia directa del Derecho Comunitario europeo. En un segundo momento, se analizarán los criterios generales de las normas con eficacia directa y sus implicaciones prácticas para los nacionales europeos. En tercer lugar, se propondrá un estudio de derecho originario y las consecuencias para sus destinatarios, con la eficacia directa de relaciones verticales y horizontales de Derecho Comunitario; y por último, se indagarán en los actos institucionales comunitarios, los efectos directos e indirectos del derecho de la Unión Europea, sus relaciones jurídicas y las prestaciones propias para los destinatarios europeos.

Finalmente, para efectos del escrito, se utilizará la terminología adoptada por los tratados en el marco europeo del Derecho Comunitario y de la Unión. Al Tribunal de Justicia Europeo (TJE), se le entenderá bajo términos de Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), vigente a partir del Tratado de Roma de 25 de Marzo de 1957, que crea el Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE); ello, sin perjuicio de la terminología

actual del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), actualmente asignada bajo el Tratado de la Unión Europea, que en sus modificaciones y funcionamiento responden al Tratado de Lisboa (TUE y TFUE), firmado en Diciembre 13 de 2007 y en vigor desde el 1 de Diciembre de 2009.

I. Fundamento jurisprudencial del efecto directo en los sujetos particulares.

El efecto o eficacia directa de normas jurídicas supranacionales, ha sido consagrada como principio de Derecho Comunitario europeo desde el inicio mismo su proceso de integración subregional. Su significado es resultado de la elaboración jurisprudencial del TJCE y de su interpretación sistemática de normas, contenidas en tratados constitutivos, modificatorios y de funcionamiento comunitario. Las disposiciones comunitarias con eficacia jurídica directa:

> Deben surtir plenamente efecto, de una manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de la fecha de su entrada en vigor y durante todo el periodo de su validez. Por tanto, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquéllos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que sean parte de las relaciones jurídicas sometidas al Derecho Comunitario[3].

Respecto a su afectación y ámbito de aplicación, las normas con efecto directo integran a los Estados miembros y sus ciudadanos, quienes quedan inmediatamente obligados por las mismas, y que pueden exigir su observancia ante los tribunales internos. Los sujetos particulares, como grupo de personas físicas o jurídicas, ciudadanos o empresas destinatarias de las normas comunitarias en su condición de individuos, son quienes se someten al cumplimiento de sus normas; a ello, el principio se constituye como herramienta jurídica para preservar y salvaguardar sus derechos y acatar sus obligaciones en relación con otros sujetos, con el Estado miembro al cual pertenecen, e incluso, frente a nacionales pertenecientes a otros Estados miembros comunitarios.

Previo al análisis de efectos directos en las normas comunitarias y el estudio de sus condiciones esenciales por el TJCE, debe contextualizarse al plano del Derecho Internacional, y a sus instituciones como antecedente para el desarrollo del principio en el Derecho Comunitario supranacional. Para el Derecho Internacional de los Estados, en sus disposiciones self executing, la aplicación inmediata de convenios internacionales se constituye bajo "reglas jurídicas aplicables directamente a los particulares y exigibles ante los órganos del Estado (judiciales o administrativos), sin necesidad de actos de desarrollo, mediación o recepción"[4]. Dichas expresiones a partir de sus correspondientes tratados internacionales, justifican la creación de esquemas jurídicos de protección frente a los particulares y exigibles ante los órganos jurisdiccionales de sus Estados integrantes, sin necesidad de complementos o desarrollos normativos de derecho interno.

Sin embargo, la creación de disposiciones de Derecho Internacional de los Estados directamente aplicables a los particulares, solo se ha limitado a tratamientos indirectos y excepcionales por sus instituciones jurídicas internacionales[5]. En contraste, el Derecho Comunitario europeo, también integrante del Derecho Internacional, responde a un ámbito jurídico de mayor amplitud en la que sus efectos normativos supralegales alcanzan su mayor expresión hacia los particulares, especialmente con las decisiones judiciales proferidas por el TJE:

> Una autodescripción del sistema de Derecho Comunitario europeo supone la interpretación de su derecho supranacional, así llamado en realidad como un ingenioso producto del Tribunal de Justicia europeo[6].

En principio, la exigencia de derechos con efecto directo comunitario no fue ajena a obstáculos e incomprensiones propias de los Estados miembros comunitarios. El rompimiento de una tradición jurídica monista para ajustarse a una dualidad entre el Derecho Comunitario supranacional y los postulados estatales internos, hizo que entre Estados no se aceptara la posibilidad que normas no nacionales pudiesen crear por sí mismas derechos y obligaciones para los particulares.

Sin ninguna duda, el verdadero fundamento y real significado de la eficacia directa, tuvo sus inicios a partir de la célebre sentencia "*Van Gend & Loos*"[7], fallo que en gran medida fortaleció la jurisprudencia comunitaria europea en lo referente a la exigencia de los sujetos particulares ante sus Estados miembros, en el cumplimiento de una obligación internacional instituida en una norma comunitaria.

Para *Van Gend & Loos*, sociedad holandesa compradora de productos químicos en Alemania, la aplicación de derechos aduaneros nuevos o más gravosos que los existentes por parte de la administración holandesa fue considerada como violatoria del artículo 12 del TCEE[8]. En recurso dirigido al tribunal en materia fiscal de los Países Bajos, y luego planteada en cuestión prejudicial ante el TJCE, se discutió si un sujeto particular podría hacer valer sus derechos individuales a pesar que la disposición comunitaria solamente se remitiera a los Estados.

Del planteamiento de fondo, el asunto reafirma la importancia que el efecto directo tiene en sus destinatarios, no solo con la interpretación exclusiva y los alcances jurídicos del TCEE, sino con la aplicación misma del tratado en su contexto comunitario y sus efectos para los sujetos individuales. Si la disposición comunitaria tiene eficacia jurídica vinculante en el ordenamiento interno de un Estado miembro, sus beneficiarios también pueden hacer valer sus derechos como ciudadanos, mediante normas que los jueces nacionales en todos los casos deben respetar y proteger:

> El principio de eficacia directa de las normas de la Unión se funda en el carácter objetivo de los Tratados. En efecto, el respeto a los Tratados y a los actos de las Instituciones se impone a cualquiera (Estados miembros, Instituciones y particulares) que se vea afectado por el campo de acción de una norma de la Unión[9].

Mantener y asegurar dichos alcances a través su espíritu normativo, virtud propia de los tratados comunitarios, es una orientación extendida a la protección del ciudadano particular y que responde a la comúnmente llamada "comunidad de pueblos europeos"[10]. Dicho objetivo de asegurar una interpretación uniforme del TCEE, vuelve al caso *Van Gend & Loos* una formula necesaria para sustentar la doctrina del efecto directo en el Derecho Comunitario europeo, especialmente cuando se trata del pleno reconocimiento por los Estados miembros a una autoridad supranacional, la cual puede ser invocada por sus nacionales ante las cortes y tribunales:

> La Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales[11].

En cuanto al objeto material de protección a sujetos particulares, el TJCE ha advertido que "el Derecho Comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico"[12]. Tales derechos surgen no solo a partir de la expresión

legal del tratado supranacional, sino en su razón y fundamento, por lo que el contenido de las obligaciones se impone de manera definida tanto a particulares, Estados, como instituciones comunitarias:

> Que los individuos también sean los destinatarios de las normas comunitarias, contribuye en forma decisiva a la aplicación uniforme del derecho comunitario en los Estados miembros y refuerza su eficacia, porque todo particular puede solicitar al juez interno que no aplique el derecho nacional contrario al comunitario directamente aplicable[13].

Así finalmente, el modelo de efectos directos propio de la construcción jurisprudencial europea, termina por restarle validez a las intervenciones legislativas nacionales frente a las leyes comunitarias supralegales. El hecho de que el artículo 12 del Tratado de Roma "designe a los Estados miembros como sujetos de una obligación de abstenerse, no implica que sus nacionales no puedan ser beneficiarios de dicha obligación"[14]. La sentencia europea así lo confirma en su parte resolutiva a favor de los justiciables europeos, y por primera vez se propone consagrar el principio de eficacia directa comunitaria cuando "el artículo 12 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea produce efectos directos y genera a favor de los justiciables derechos individuales que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger"[15].

II. Características generales de las normas con eficacia directa comunitaria.

Entender el efecto o eficacia directa en los destinatarios de normas jurídicas comunitarias, requiere el estudio de ciertos requisitos básicos que ubican al principio en sus organismos institucionales y de solución de controversias[16]. De los lineamientos doctrinarios, la jurisprudencia del TJCE, y la sentencia Van Gend & Loos, logran deducirse al menos dos requisitos fundamentales para calificar una norma con efecto directo comunitario:

> a) Que la norma sea clara y precisa o suficientemente precisa en el sentido de que funde una obligación concreta en términos inequívocos, desprovista de ambigüedades[17].
>
> b) Que sea autosuficiente (completa y perfecta) e incondicional. (Que no se halle sometida a condiciones de ejecución que comporten elementos de discrecionalidad; a plazos, o a reservas)[18].

La claridad y correcta determinación de normas dotadas con efecto directo comunitario, traen consigo la obligatoriedad para el juez nacional de deducir y ajustar la interpretación de su ordenamiento interno, conforme a los tratados y demás instrumentos en el momento de su aplicación interna, sin equívocos o modos incorrectos de transposición[19]. Por ejemplo, las disposiciones en temas de libertad de movimiento para los trabajadores europeos:

> Imponen a los Estados miembros una obligación precisa que no requiere la adopción de ninguna otra medida por parte de las instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros y que no deja a éstos ninguna facultad de apreciación en relación con su ejecución[20].

Acorde con la doctrina del efecto directo, la imposición de obligaciones precisas no da margen a medidas adicionales o a la implementación de potestades administrativas discrecionales. Cuando la medida comunitaria propone una prestación ajustada a las necesidades del particular, al juez interno se le debe exigir una adecuada delimitación en el objeto de la disposición a aplicar en el orden interno, de modo que se identifique en su totalidad con la norma jurídica comunitaria.

Una norma comunitaria con eficacia directa es autosuficiente, jurídicamente perfecta, cuando el tratamiento de sus efectos no requiere apreciación o medida complementaria para su aplicación efectiva por el juez o la autoridad nacional. Un lineamiento de la incondicionalidad se observa en la calificación comunitaria a una disposición interna estatal, discriminatoria en sus efectos inmediatos frente a una medida comunitaria en materia fiscal [21]. En palabras del TJCE:

> Esta prohibición es, pues, completa, jurídicamente perfecta y, por lo tanto, capaz de producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus justiciables; que el hecho de que el párrafo primero del artículo 95 [110 TFUE] designe a los Estados miembros como sujetos de la obligación de no discriminación, no implica que los particulares no puedan ser sus beneficiarios directos[22].

Pero si bien es posible atribuir efectos directos a las disposiciones comunitarias y su cumplimiento efectivo conforme a los elementos ya descritos, la realidad jurídica y jurisprudencial en el orden comunitario contrastan con la atribución normativa propia de sus Estados miembros. El desconocimiento administrativo de los postulados comunitarios, o la errónea interpretación de su validez institucional por las autoridades administrativas y judiciales nacionales en condiciones de tiempo o ejecución distintas a las prescritas en los tratados comunitarios, se contrapone a la atribución de competencias concedidas por los Estados miembros a la Comunidad.

Por su carácter obligacional y respecto al cumplimiento de los tratados comunitarios con efectos vinculantes a sus destinatarios, surgen así para los Estados miembros obligaciones positivas de hacer, y prestaciones de no hacer, extensivas al sistema jurídico comunitario. En los tratados como instrumentos de Derecho Comunitario originario, y dentro de los mecanismos institucionales integrantes del derecho derivado, es posible encontrar multiplicidad de ejemplos que implican la actuación conforme a obligaciones de hacer, o en momentos en los que deben seguirse deberes de abstención.

Dentro de este tipo de situaciones, el TJCE ejemplifica de manera interesante, como ante el ejercicio de una obligación de hacer en favor del sujeto particular, se adquiere una contraprestación de abstención para el Estado miembro comunitario. De vuelta al principio de no discriminación en materia fiscal, los hechos y derechos que emanan de las normas comunitarias y se generan para los sujetos beneficiarios individuales, "tiene efectos directos y crea a favor de los particulares derechos individuales que deben ser tenidos en cuenta por los órganos jurisdiccionales"[23]. Sin embargo, y de manera correlativa, la obligación de no hacer que surge del contenido mismo de la norma comunitaria, impone al Estado miembro en este caso, la obligación de abstenerse al momento de derogar o modificar disposiciones contrarias que de manera interna entren en conflicto con las reglas establecidas en el tratado comunitario[24].

La anterior interpretación solo es referencia para advertir que las normas de hacer y no hacer se encuentran inmersas frente a diversos supuestos dentro del ordenamiento jurídico comunitario, y son objeto de análisis por la jurisprudencia europea. También debe indicarse que al estudio de efectos directos del Derecho Comunitario apreciados desde los destinatarios particulares como ele-

mento común, deben distinguirse tanto en el valor impositivo de normas comunitarias, como en la obediencia y estricto cumplimiento de sus disposiciones por parte de los Estados miembros; unas y otras dirigidas a la protección de los derechos de sus nacionales.

III. La eficacia directa del Derecho Comunitario originario: Las relaciones jurídicas verticales y horizontales.

Examinar el efecto directo en el orden jurídico desde un enfoque amplio y garantista en favor del sujeto particular, implica la posibilidad de invocar multiplicidad de derechos y obligaciones supranacionales contenidas en los tratados constitutivos, modificatorios y de funcionamiento comunitario, ante sus organismos administrativos y jurisdiccionales nacionales.

Las normas de derecho primario u originario, "constituyen lo que se ha dado en llamar normas constitucionales comunitarias, a las que se encuentran sometidas o jerarquizadas las demás normas comunitarias"[25]. La eficacia jurídica de los tratados es el mecanismo por excelencia para imponer un rigor jurídico suficiente en los Estados miembros comunitarios y proteger así a los particulares beneficiarios y destinatarios. Los tratados e instrumentos europeos en su validez, duración, efectos e interpretación, se rigen a través de sus propias disposiciones y por las normas generales del Derecho Internacional en materia de tratados. La doctrina y jurisprudencia comunitaria europea, concibe así al efecto directo originario como relaciones jurídico-comunitarias de derecho vertical (relaciones Estado miembro - sujeto particular) y de derecho horizontal (en relaciones entre sujetos particulares).

Por definición, "el efecto vertical de una disposición comunitaria es el derecho de un particular a invocar, frente a los órganos jurisdiccionales de su Estado, los efectos inmediatos que se desprenden de una obligación impuesta a los Estados miembros por el Tratado"[26] Si el ciudadano común pretende exigir judicialmente el reconocimiento de una norma comunitaria cuando sus intereses se ven afectados, tal legitimación en cuanto activa, recaería en el TJE a nivel supranacional, como en los órganos jurisdiccionales nacionales en el plano interno. Si ambos procedimientos garantizan la protección inmediata de obligaciones nacionales y supranacionales, dichos intereses, cualquiera sea la relación existente entre el Derecho Comunitario y el derecho interno de los Estados, produce iguales efectos directos aplicables a los sujetos particulares.

Por otra parte, la protección comunitaria debe entenderse dentro de las llamadas relaciones horizontales, entre sujetos miembros de un mismo Estado comunitario, o a través de controversias suscitadas entre personas individuales pertenecientes a uno o distintos Estados miembros de la Unión.

Evidentemente, la amplitud y alcance de relaciones jurídicas entre ordenamientos comunitarios y sujetos destinatarios se presenta bajo múltiples variables de protección y de relaciones obligacionales, ya sea: a) Entre distintos Estados miembros en representación de sujetos particulares que hacen parte de sus territorios, b) de éstos últimos con la administración pública de su Estado, o c) de un sujeto particular con otro Estado miembro de la Unión; y aún posible el acceso a la protección comunitaria cuando d) el sujeto pasivo de la obligación reclamada se encuentre en cabeza de otro sujeto particular con sujeción al Derecho Comunitario.

Si la cuestión es contextualizada al Derecho Internacional de los Estados, los sujetos individuales gozan de efectivos mecanismos de protección jurídica estatal a través de la institución internacional de protección diplomática[27]. En materia de Derecho Comunitario europeo, logran destacarse además otras dimensiones prácticas de protección vertical entre Estados miembros en sus relaciones jurídicas intracomunitarias, y destinatarios particulares miembros de la Unión.

La primera tesis formula la producción de efectos directos a partir de disposiciones claras y de expresa prohibición entre Estados miembros comunitarios[28], dirigida a los particulares al tiempo de ejecutarse una norma jurídica de abstención. En este caso, los efectos directos entre Estados miembros trascienden al momento de no ejecutar correctamente una medida comunitaria, y se configuran derechos individuales a salvaguardar por las autoridades administrativas nacionales. En razón a la protección de sujetos en sus relaciones comerciales recíprocas, "el precepto se presta para la producción de efectos idénticos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus justiciables"[29].

El segundo planteamiento consiste en la posibilidad de proteger derechos y brindar garantías jurídicas para el sujeto administrado frente la administración pública de su Estado, en razón al efecto comunitario vertical. Esta postura recurrentemente invocada en el Derecho Comunitario europeo, determina a partir de un juicio concreto de derechos en el particular, una exposición de la validez normativa comunitaria y sus consecuencias en el orden jurídico interno.

La famosa sentencia Costa *Vs ENEL*[30] ejemplifica de manera excepcional, como la aplicación directa del Derecho Comunitario incide sobre una ley italiana que adquiere efectos directos verticales en un ciudadano afectado. La supremacía comunitaria y su eficacia jurídica individual se emplea en el caso concreto, sin perjuicio de "cualquier otra norma de derecho interno anterior o posterior, cualquiera sea su rango, incluso por sobre las constitucionales"[31]. Para el ciudadano Costa, las restricciones al establecimiento comunitario[32] objeto de protección del TCEE, y los efectos directos de dicha medida, constituyen objeto de análisis por parte del TJCE:

> Considerando que una prohibición expresada tan formalmente, y que ha entrado en vigor con el Tratado en el conjunto de la comunidad y por este hecho se ha integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, constituye la ley misma de éstos, y concierne directamente a sus nacionales en beneficio de los cuales ha engendrado derechos individuales que los órganos nacionales deben salvaguardar[33].

En consecuencia, las relaciones verticales "se integran como un ordenamiento jurídico dotado de unidad, cohesión y especificidad frente a los ordenamientos internos, calidades que lo distinguen al mismo tiempo del Derecho Internacional"[34]. Efectivamente, las disposiciones directamente aplicables "confieren al interés privado del particular una protección directa e inmediata, que excluya cualquier facultad discrecional del Estado, actuando como administración pública"[35], y sus derechos son efectivos al mismo momento de calificar jurídicamente la posición individual a proteger, conforme al Derecho Comunitario aplicable.

El tercer supuesto de eficacia directa vertical, describe las relaciones entre un particular perteneciente a un Estado, y la protección de sus derechos supranacionales ante la transgresión de una norma comunitaria por el poder público de otro Estado miembro. Es usual ver este tipo de actuaciones en la libre circulación de trabajadores de la Unión[36], y como consecuencia del principio de establecimiento en el territorio de otro Estado miembro, así dispuesto en el tratado comunitario:

> La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y especialmente sociedades asalariadas y su ejercicio, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales[37].

Cuando un mandato comunitario asigna garantías de eficacia directa para el establecimiento en los ciudadanos del mismo Estado miembro receptor, de igual manera, el efecto directo se extiende a la protección a cualquier otro ciudadano comunitario que tenga como interés establecerse en otro Estado miembro de la Unión. La finalidad en este caso es reafirmar:

> El principio rector de la materia al disponer que la libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales[38].

En otras circunstancias, el TJUE ha reconocido también otras situaciones de efecto directo entre sujetos pertenecientes a terceros Estados en materia de derechos fundamentales y como consecuencia del fenómeno de inmigración en los países de la Unión. Ejemplo de ello se observa en un particular, quien a pesar de no ser nacional de un Estado miembro comunitario, también puede valerse de los derechos individuales contenidos en los tratados, a fin de lograr una conexión directa con un Estado miembro europeo. Bajo el principio de ciudadanía de la Unión[39], el TJUE así lo ha reconocido con el derecho de residencia en un ciudadano de nacionalidad colombiana en territorio de un Estado miembro europeo, independientemente de su ejercicio al derecho de libre circulación en el territorio de la Unión[40].

Indistintamente de las condiciones y casos de efecto directo vertical, el alcance de normas comunitarias con eficacia directa afecta también las relaciones jurídicas entre personas naturales o jurídicas, y crea entre ellas mismas o respecto de otros conciudadanos comunitarios derechos reclamables que imponen cargas y obligaciones de efecto directo horizontal.

El asunto *"Walrave"*[41] por ejemplo, identifica en razón del principio de no discriminación y establecimiento por razón de la nacionalidad en el trabajo y la prestación de servicios dentro del territorio europeo[42], la defensa de dos entrenadores de ciclismo en ejercicio de actividades económicas promovidas por la Unión, ante una institución privada de carácter internacional, y mediante un tratamiento en forma de convenio privado[43] no proveniente de una autoridad del Estado.

La exigencia de efectos favorables a los entrenadores cobra interés, no solo por consistir en una prestación de servicios laborales entre sujetos particulares ante un sujeto pasivo de representación privada, con obligaciones surgidas de un contrato individual, garantizado al mismo tiempo por un principio de carácter comunitario. En este caso, los efectos directos se alejan del esquema tradicional de protección directa entre los entrenadores y su Estado miembro al cual pertenecen, de forma que cualquier actividad propia de una organización deportiva internacional de carácter no gubernamental se manifieste como:

> Relaciones jurídicas que no entran en la esfera del derecho público, a la determinación de su ámbito de aplicación territorial con respecto a una regulación del deporte que emana de una federación de alcance mundial, así como a la aplicabilidad directa de algunas de ellas[44].

Si la práctica deportiva regida por la UCI es entendida como actividad económica y laboral, enmarcada dentro de los objetivos de promoción y protección de políticas económicas armoniosas entre Estados miembros de la Unión[45], los servicios deportivos como tales, deben ser ejercidos con total eficacia para los destinatarios - entrenadores de motociclismo - sin perjuicio de sus calidades de nacionales pertenecientes a uno u otro Estado miembro determinado. Sin importar las actuaciones propias, administrativas o jurisdiccionales de los Estados miembros, el efecto directo horizontal, "se extiende asimismo a normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de servicios"[46].

También el efecto directo horizontal se manifiesta directamente entre sujetos miembros distintos de Estados de la Unión diferentes a través de garantías laborales, vista a través de la vinculación al principio de "igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor"[47]. La relación jurídica horizontal se presenta en el asunto "*Defrenne II*"[48], en temas de contratos laborales colectivos para azafatas y auxiliares de vuelo que entre ellos adquieren diversos efectos directos individuales:

> La prohibición de discriminaciones entre trabajadores masculinos y femeninos se impone no únicamente a la actividad de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena, así como los contratos entre particulares[49].

La norma comunitaria alcanza una dimensión en la que sus efectos horizontales vinculan diversas formas de contratación laboral colectiva, y frente a distintos trabajadores individuales. En favor de la trabajadora Defrenne, la normativa comunitaria se vulnera cuando por su calidad de azafata es discriminada respecto de los auxiliares de vuelo frente a un trabajo igual. Dichas obligaciones de resultado se aplican directamente en las relaciones particulares con eficacia horizontal, por lo que la imposición de medidas comunitarias no solamente adquieren plena eficacia a partir de una regulación aeronáutica nacional e interna, sino que además, su margen de análisis supranacional exige una interpretación jurídica y de efectos directos comunitarios a partir de la igualdad de retribución entre trabajadores particulares; ello se argumenta en la naturaleza propia de la eficacia comunitaria horizontal y la ampliación de sus efectos a todo tipo de convenios de carácter laboral en los que se regulan colectivamente contratos de trabajo.

IV. Los efectos directos e indirectos del Derecho Comunitario derivado: Los actos normativos comunitarios y sus relaciones jurídico-institucionales.

A las fuentes originarias del Derecho Comunitario de los tratados, y sus correlativos efectos en ciudadanos europeos, corresponde ahora analizar la eficacia directa de normas proferidas por sus instituciones[50], en forma de actos de derecho derivado. En este punto, comprender la posición del ciudadano particular como sujeto de protección, y en quien recaen sus obligaciones comunitarias, no solo favorece el dinamismo propio de los instrumentos jurídicos con eficacia directa, sino que adicionalmente garantiza el buen funcionamiento de la Unión y su acervo comunitario supranacional.

En el sistema institucional europeo, "el derecho secundario o derivado es el conjunto de actos adoptados por las instituciones comunitarias con vistas a cumplir los objetivos de los tratados"[51]. Los alcances y forma de ejecución de sus actuaciones son consecuencia directa de las disposiciones taxativamente señaladas en el TFUE. Así las cosas, son las instituciones quienes expiden multiplicidad de actos legislativos comunitarios, adoptados en su mayoría mediante el llamado "procedimien-

to legislativo ordinario"[52], y consignados dentro del marco legal y de funcionamiento de la Unión.

Una revisión preliminar de actos plantea el estudio de reglamentos, y su plenitud jurídica en destinatarios particulares; de decisiones, las cuales, "su obligatoriedad se asume cuando designa destinatarios, y solo será obligatoria para éstos"[53]; de directivas, que en cambio, son vinculantes cuando involucran a los Estados miembros, aunque sus efectos en el particular son ya reconocidos por la justicia comunitaria. Y por último, de las recomendaciones y dictámenes, que no son por su naturaleza vinculantes a los particulares.

Como lo define el artículo 288 del TFUE, el reglamento comunitario tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable a cada Estado miembro. Por su generalidad, produce efectos inmediatos de manera indeterminada en Estados miembros y destinatarios, en igualdad de condiciones a las de un mandato legal contenido en un tratado comunitario. Los actos reglamentarios vinculados a las jurisdicciones nacionales, por su obligatoriedad, no admiten aplicaciones legislativas parciales o limitadas frente a los destinatarios afectados:

> Que los reglamentos comunitarios, para poder regir con la misma fuerza respecto a los ciudadanos de todos los Estados miembros, se integran en el sistema jurídico aplicable en el territorio nacional, (…) de manera que los particulares puedan invocar los referidos reglamentos sin que se les pueda oponer disposiciones o prácticas de ordenamiento jurídico interno[54].

La plenitud reglamentaria en los ordenamientos internos, responde así a la creación de derechos y obligaciones para los particulares. Su carácter directamente aplicable, se plantea como el más completo y de mayor eficacia en términos de protección a ciudadanos comunitarios, en razón a sus alcances y margen de protección respecto de los Estados miembros, con obligatoriedad jurídica ante las autoridades estatales:

> Así, aquellos destinatarios de los derechos surgidos de un reglamento podrán reclamar ante sus propias jurisdicciones internas frente a aquellos particulares a los que, dado su alcance general y su directa aplicabilidad en todo Estado miembro, se les impone una obligación o una carga (normalmente una prohibición o una prestación positiva a que quedan sometidos)[55].

La trascendencia del reglamento supera las expectativas de protección comunitaria, cuando la naturaleza misma del acto generador de derechos y obligaciones afecta a sus destinatarios. De esta premisa, todo reglamento integrado al ordenamiento jurídico comunitario, indirectamente cobra validez jurídica con efectos vinculantes para el sujeto particular. Cualquiera sea el interés estatal, si el carácter imperativo de sus lineamientos cobra eficacia en los ordenamientos internos, en consecuencia, reviste de un completo entendimiento por parte de sus autoridades locales frente a sus nacionales.

Sin embargo, no siempre comprender los efectos vinculantes en el orden nacional es suficiente, bajo la sola designación que una institución comunitaria adopta en forma de reglamento. También es necesario determinar los criterios generales de eficacia directa, la transparencia y correcta determinación de sus disposiciones, sin dejar margen de valoración a la autoridad nacional. El reglamento, por su vocación de forzosa implementación en los ordenamientos internos "puede generar en favor de los particulares derechos que éstos pueden invocar ante los tribunales; que efectivamente, es clara, precisa y no deja a las autoridades encargadas de su aplicación ningún margen de apreciación"[56].

Así los reglamentos confieren plenos efectos y una obligatoriedad jurídica implacable en sujetos y Estados miembros indeterminados. En contraste, la decisión comunitaria, señalada también en el artículo 288 del TFUE, no es otra cosa que la máxima expresión de salvaguardia jurídica para un grupo de sujetos destinatarios ya determinados, en este caso, ciudadanos pertenecientes a la Unión.

Según Paolo Mengozzi, "las decisiones son actos comunitarios obligatorios en todos sus elementos, pero con un alcance no general, sino particular" . Pese a su especificidad, por mandamiento del TFUE, las decisiones individuales van dirigidas a uno o varios Estados miembros determinados a quienes obligan en la totalidad de sus elementos con la decisión impuesta. No obstante, el trasfondo de las decisiones y su individualidad, resaltan la importancia del acto decisional cuando este llega en sus efectos a sujetos específicos, identificados a partir de sus relaciones jurídicas comunitarias:

> En cuanto a las decisiones destinadas a los particulares, por definición y en base al artículo 189 [288 TFUE], crean directamente derechos y obligaciones para todos sus destinatarios. Éstos derechos se crean no solo para destinatarios específicos, sino también a favor de terceros afectados por un eventual incumplimiento o no ejecución de la medida dictada por la decisión .

En un primer momento, las decisiones comunitarias destinadas a los Estados no podían invocarse por particulares europeos, ya que sus actos obligatorios solo eran imponibles a Estados miembros determinados. Dicha valoración fue rápidamente descartada por el TJCE en el asunto *Grad*:

> Si bien los efectos de una decisión pueden no ser idénticos a los de un Reglamento, esta diferencia no excluye que el resultado final sea el mismo que el de un Reglamento directamente aplicable: la posibilidad de que los justiciables los invoquen ante sus propios órganos jurisdiccionales[59].

La producción de efectos directos en las decisiones, y su materialización destinada a cualquier interesado al momento de exigir su cumplimiento, justifica los efectos análogos brindados por los actos reglamentarios; decisiones que al ser jurídicamente eficaces, no constituyen pretexto para no invocar su protección por las autoridades internas nacionales:

> Para que una persona resulte directamente afectada, la medida comunitaria impugnada debe surtir efectos directos en la situación jurídica del particular y no debe permitir ninguna facultad de apreciación a los destinatarios de dicha medida encargados de su aplicación, por tener ésta un carácter meramente automático y derivarse únicamente de la normativa comunitaria sin la aplicación de otras normas intermedias"[60].

Para Araceli Mangas, "cuando la decisión tiene como destinatario un particular, sea éste una persona física o jurídica, sus caracteres básicos se dan con nitidez y guarda aquella similitud con el acto administrativo"[61]. Asimismo se reivindica el TJE al momento de interpretar decisiones particulares eficaces, especialmente cuando "la naturaleza, el sistema y el tenor literal de la disposición de que se trate pueden producir efecto directo en las relaciones entre el destinatario del acto y los terceros"[62].

Pero como los reglamentos, las decisiones también alcanzan plena validez si se atienden debidamente las condiciones de autosuficiencia e incondicionalidad propias del efecto directo. El asunto Grad así lo reitera, cuando la obligatoriedad de una decisión "no está sujeta a condición alguna y es lo suficientemente clara y precisa para producir efecto directo en las relaciones entre los Estados miembros y sus justiciables"[63].

No hay duda que la funcionalidad de las decisiones comunitarias europeas y su práctica jurídica

contemporánea han sido decisivas para cimentar un modelo jurídico accesible sus habitantes, con las finalidades ofrecidas por el sistema y una adaptación efectiva al contexto donde producen sus efectos directos. Ello sin contar que las decisiones ocultan su verdadero perfil, bajo el lineamiento proteccionista que el TFUE expresamente le confiere a los Estados miembros como receptores directos de sus disposiciones. Aún con los matices que puedan presentarse, las decisiones cobran un carácter indirectamente eficaz al no desconocer el real alcance de sus destinatarios particulares, por lo que sin ninguna objeción, deben ser éstas siempre objeto de examen y vigilancia por las instituciones jurisdiccionales europeas:

> El TJE ha entendido así su función y, por ello, prescinde de su "denominación", y forma para ejercer su control en función del contenido y tipo de efectos jurídicos del acto. La decisión es, sin duda, un caso paradigmático[64].

Pero si el efecto directo de las decisiones en particulares se encamina a su activa defensa de la mano con la justicia europea, la *directiva comunitaria* como acto jurídico institucional también descrito en el artículo 288 del TFUE, sigue un mismo ritmo de protección, aunque con rasgos diferenciales a cargo de los Estados miembros destinatarios.

Según el TFUE, "la directiva comunitaria obligará al Estado miembro en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios"[65]. Las directivas, definidas en función de sus elementos, atribuyen de expresa obligatoriedad a los Estados miembros como sus similares reglamentos y decisiones comunitarias; pero se distinguen de estas últimas por sus resultados, en la autonomía propia de sus autoridades estatales destinatarias en el momento de generar un proceso de vinculación interna o transposición normativa nacional. Si lo anterior no se manifiesta con un seguimiento a destinatarios particulares, es porque el efecto directo a ellos dirigido no es objeto de directivas comunitarias, algo que en principio entendió el TJCE:

> Una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona[66].

Pese a los resultados negativos impuestos por las directivas contra particulares, con su fundamento en el sometimiento válido del acto comunitario y su previa armonización legislativa nacional, la directiva comunitaria terminó por afianzarse hacia sus destinatarios individuales bajo una manifestación jurídica de efectos estoppel o de vinculación propia nacional. Con el incumplimiento de la normativa comunitaria, las directivas de manera análoga pueden desplegar todos sus efectos intracomunitarios respecto de los Estados miembros, y en favor de sujetos particulares afectados:

> El Estado miembro que no hubiese adoptado dentro del plazo prescrito las medidas de ejecución impuestas por una directiva, no puede invocar, frente a los particulares, su propio incumplimiento de las obligaciones que ésta implica[67].

De hecho, la imposición de obligaciones de resultado directo en directivas comunitarias, superditan a los Estados miembros en elegir la forma y los medios internos necesarios para darle un adecuado cumplimiento. En definitiva, cada Estado miembro es libre de ejecutar sus prestaciones comunitarias ante sus nacionales destinatarios, en los plazos y condiciones que la propia directiva le señala, pero con tal firmeza que en su incumplimiento o por deficiencias en su adaptación, puedan volverse derechos directamente exigibles por sus ciudadanos destinatarios.

Vista así la eficacia directa vertical de las directivas entre sujetos particulares y su invocabilidad de derechos respecto de los Estados miembros, vale afirmar que la producción de efectos directos verticales de las directivas ante destinatarios particulares directos no admite ninguna discusión, en tanto que la jurisprudencia coincide en aceptar plenamente dichos efectos comunitarios directos y su viabilidad jurídica frente a este tipo de actuaciones. Igualmente se reitera que frente a los Estados miembros, el incumplimiento de una directiva tampoco puede escudarse en manifestaciones que si aparentan una correcta actuación por sus instituciones internas, su finalidad es la de librarse del mal manejo dado a una directiva comunitaria.

Además del vencimiento del plazo, su ausencia de límites para la adaptación y la correcta transposición de directivas comunitarias, cabe también reiterar en la incondicionalidad, suficiente claridad y precisión como elementos necesarios al momento de evaluar una correcta determinación normativa comunitaria y su plenitud de efectos para los particulares. En este caso, la distinción de efectos verticales y horizontales cobra interés en el efecto directo de directivas, porque supone siempre del juez comunitario un ejercicio de ponderación y alcances de su aplicación, especialmente cuando de la noción de Estado o de particular depende su vinculación al orden interno, y su categorización como directiva comunitaria con carácter vertical u horizontal:

> No hay efecto directo ni en las relaciones verticales inversas – Estado contra particular – ni en las horizontales entre particulares. Por lo tanto, en el caso de las directivas (y decisiones dirigidas a los Estados miembros), la determinación de si se trata de una relación vertical u horizontal es clave para saber si la disposición tiene efecto directo en el caso concreto[68].

Por la inejecución de una directiva, un sujeto justiciable europeo puede legitimarse para solicitar a su Estado miembro la inaplicación de una disposición nacional incompatible con la directiva, si esta no se adapta en debida forma, o si es incumplida en su totalidad por el ordenamiento interno nacional. Sin embargo, cuando la directiva surge de una relación jurídica horizontal, la cuestión es de plano rechazada, y sus efectos se remiten como si fuesen los propios de una relación vertical:

> En las relaciones entre particulares no cabe alegar derechos u obligaciones establecidos en una directiva, que no haya sido transpuesta en el derecho interno. Un particular no puede exigirle a otro particular el cumplimiento de las obligaciones impuestas en una directiva no transpuesta o transpuesta incorrectamente. [69]

A lo anterior, y junto con el planteamiento inicial de garantías y formas de protección comunitaria en sujetos individuales, también vale la pena indagar acerca de los efectos indirectos que se producen ante el cumplimiento de normas jurídicas comunitarias por los poderes públicos nacionales, y que por el contrario, le generan inevitables perjuicios a sus destinatarios - sujetos particulares - dentro de los llamados efectos indirectos o triangulares[70].

En principio, cuando el Estado miembro inaplica una directiva o la vincula incorrectamente, "no puede ampararse frente a un particular, en una disposición de una directiva respecto a la cual aún no se ha producido la necesaria adaptación del derecho nacional" . Pero en tanto su contenido adverso y efectos indirectos, el sujeto si podría verse abocado a una consecuencia peor con dicha inaplicación o su incorrecta transposición, si posteriormente quien exige en debida forma su cumplimiento genera directamente en el Estado miembro la obligación de atender la directiva incorrectamente transpuesta, lo que indirectamente también le supone por sus efectos contrarios producidos, una inevitable vinculación perjudicial al sujeto particular.

Aunque la interpretación de directivas incorrectamente transpuestas y especialmente los casos que tocan el terreno de la responsabilidad, demuestran situaciones jurídicamente adversas a los sujetos particulares que les afectan directamente de acuerdo con su contenido o por la entrada en vigor en el Estado miembro receptor del acto, pueden también asegurarse casos concretos en los que los efectos directos favorables de una directiva no transpuesta surgen como garantía de protección comunitaria, y sin perjuicio de responsabilidad en cabeza del destinatario particular. A ello se ha referido el TJCE cuando:

> Un Estado miembro no puede aplicar su derecho interno – incluso si prevé sanciones penales – aún no adoptado a la directiva, después de expirado el plazo fijado para su entrada en vigor, a una persona que se haya ajustado a las disposiciones de la referida directiva[72].

Finalmente, en el terreno de la responsabilidad supranacional del Estado, "el Derecho Comunitario impone el principio que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho Comunitario que les sean imputables"[73]. Hablar de eficacia directa en términos de responsabilidad de los Estados miembros comunitarios, supone entender que en los sujetos particulares, las directivas directamente aplicables son fuente de derechos y obligaciones indemnizables si el acto comunitario directamente confiere un derecho o garantía al particular. Cuando un Estado miembro, en el ejercicio de su facultad normativa derivada de la directiva, vulnera de manera grave y manifiesta los límites impuestos al ejercicio de sus facultades, en consecuencia, dicho nexo o relación de causalidad directa entre la violación y el perjuicio sufrido, siempre serán objeto de protección comunitaria:

> El sistema se ha ido configurando con objeto de salvaguardar la efectividad del Derecho Comunitario en supuestos de especial gravedad, de forma que la responsabilidad del Estado está diseñada para neutralizar, responder o contrarrestar las violaciones flagrantes del Derecho Comunitario[74].

Las consecuencias individuales favorables a los justiciables europeos emanadas de los efectos verticales y horizontales de Derecho Comunitario, y a manera de efectos indirectos o triangulares en perjuicio de particulares, constituyen así algunas categorizaciones muy precisas que la multiplicidad de efectos directos pueden brindarle a los destinatarios directos de las directivas comunitarias.

Conclusiones

En los capítulos precedentes, he propuesto mostrar los efectos directos y la protección jurídica de sujetos particulares en las fuentes comunitarias de la Unión Europea. La solidez institucional y el protagonismo adquirido por los destinatarios de sus disposiciones desde tiempos de la Comunidad Económica Europea, fueron objeto del estudio, en función a que sujetos individuales hacen valer sus derechos y contraen obligaciones. Desde el asunto Van Gend & Loos, el reconocimiento del justiciable europeo como destinatario de las normas comunitarias, la afectación de sus intereses y su exigencia en el cumplimiento del acervo comunitario por parte de los Estados miembros, edifican un camino doctrinal y jurisprudencial dirigido a consagrar el principio de eficacia directa en el Derecho Comunitario europeo.

También fue descrita la importancia del ordenamiento jurídico comunitario como parte integral del Derecho Internacional. Sus consecuencias en términos de eficacia jurídica comunitaria, se concibieron a partir del reconocimiento de una autoridad supranacional representada para los Estados miembros y la cesión de competencias propias en favor de la Comunidad. Si dicha atribución de competencias es extralimitada, incumplida o desconocida por los Estados miembros, legitima directamente a los nacionales para emplear el acervo normativo comunitario ante los tribunales internos y supranacionales con el fin de salvaguardar sus derechos e intereses.

El reconocimiento de garantías comunitarias se analizó a partir de criterios que conforme a la doctrina y la jurisprudencia europea, caracterizan a las normas con efecto directo en su claridad, precisión e incondicionalidad. Asuntos en que la transparencia jurídica es puesta a prueba cuando los Estados desbordan sus facultades normativas propias, las ejecutan en condiciones de tiempo distintas, o las interpretan en contra de los postulados comunitarios, fueron solamente algunos planteamientos de interés comunitario con obligaciones vinculantes a los particulares y sus repercusiones directas en el derecho nacional.

Las fuentes de Derecho Comunitario originario y su posición jurídica en Estados miembros, destacaron múltiples conductas y formas de proceder en el marco de las relaciones verticales y horizontales de efecto directo en los tratados comunitarios europeos. Por su importancia, el análisis práctico del tema propuso una vinculación de sujetos en todas sus expresiones con el Derecho Comunitario de la Unión, y la manifestación de sus intereses a partir de relaciones jurídicas entre sujetos comunes, personas naturales y jurídicas, o un grupo de ciudadanos y empresarios en sus relaciones jurídico-comunitarias. La jurisprudencia del TJE fue ejemplo claro de dichas manifestaciones obligacionales entre Estados y particulares de un mismo Estado o de diferentes ciudadanos comunitarios entre sí.

Al final, la eficacia directa puntualizó las actuaciones jurídicas supranacionales en disposiciones institucionales de derecho derivado, con el análisis detallado de reglamentos, decisiones y directivas comunitarias. Los efectos directos de los actos normativos emanados de las instituciones comunitarias constituyen todo un desafío para los particulares en materia de limitaciones al principio de eficacia directa, cuando la infracción de disposiciones comunitarias obligatorias por los Estados miembros se pone a prueba y genera consecuencias distintas en el sujeto particular, ya sea como prenda de garantía a su favor o por sus inevitables perjuicios dentro de los llamados efectos indirectos o triangulares.

Y tras un balance crítico del efecto directo comunitario y su protección jurídica en los sujetos particulares europeos, son diversas las consideraciones prácticas que le restan al escrito, unas por analizar, otras por descubrir, y hacer de ello una herramienta útil para el estudio del derecho de los tratados con una mayor perspectiva en términos de globalización e integración subregional.

Del escrito, no he pretendido abarcar toda la temática europea de la eficacia directa en función de la protección a sujetos particulares, cuestión que finalmente ha sido delineada en los diferentes manuales y ha sido tema debatido en sentencias y textos europeos. Simplemente, mi idea de advertir un principio de carácter comunitario en el cual los particulares son los propios protagonistas en la elaboración su ordenamiento jurídico, me incentiva de alguna manera a estudiar de fondo el interés y los intentos institucionales de identificar a los integrantes del Derecho Comunitario con su régimen jurídico supranacional.

En este punto, he restringido el estudio del efecto directo a la institucionalidad europea, sus fuentes y mecanismos de resolución de controversias, reconocidas por la celeridad y rigor jurídico que

por décadas la ha caracterizado en su proceso de integración. No obstante, las sentencias del Tribunal de Justicia y el seguimiento en las dinámicas propias de su actividad jurídica, me han conducido a reflexionar novedosos planteamientos que en nuestras instituciones merecen plena profundización, ya que nuevos esquemas de intercambio subregional exigirán una valoración crítica de los destinatarios frente a nuevos temas y disposiciones, como efecto mismo del desarrollo económico global.

Por ello no puedo avanzar mi estudio de efectos directos comunitarios en Europa sin detenerme a pensar en los efectos prácticos que de ella surgen en nuestras instituciones nacionales y respecto de nuestro sistema comunitario de integración. La Comunidad Andina en su experiencia subregional ha obtenido avances exitosos en esta materia, de la mano con la adaptación europea, y en los casos concretos analizados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. La jurisprudencia nacional por su parte, ha entendido este proceso de vinculación de efectos inmediatos en ciudadanos colombianos, especialmente en la interpretación jurídica de tratados en el marco del bloque de constitucionalidad, y análisis previo de leyes aprobatorias de tratados internacionales por la Corte Constitucional colombiana.

Al día de hoy, el panorama económico y de relaciones entre Estados y sus sujetos integrantes no puede ser más interesante. Una actual Unión Europea en sus dificultades económicas, sometida a variables de riesgo en forma de incumplimientos al acervo comunitario, constituye una excelente oportunidad para que operadores jurídicos y particulares afectados puedan exigir efectivamente su cumplimiento.

De igual modo, la apreciación de efectos directos o inmediatos de las normas supranacionales, comúnmente analizadas desde la perspectiva del Derecho Comunitario o del derecho de la integración económica, también podrán ser plenamente aplicables a través de los Tratados de Libre Comercio negociados y suscritos con otros Estados. Pero más allá de los tratados y acuerdos internacionales, la expedición de leyes nacionales, el momento de emprender negociaciones independientes o al tiempo de exigir la protección jurídica de intereses, solo propondrán nuevos desafíos y un mar de oportunidades que en materia jurídica se esperan de un futuro abierto a la integración.

Bibliografía

I. Fuentes normativas

1. Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957. En: http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm

2. Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En: http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm

II. Fuentes Doctrinales

1. Victoria ABELLAN HONRUBIA y otros. Lecciones de Derecho Comunitario Europeo. Ariel, Barcelona, 1998.

2. Malcolm EVANS. International law. Oxford. Third edition, 2010.

3. Jerónimo GONZÁLEZ-ORÚS. "La noción de Estado en relación al efecto directo vertical de las directivas: Aplicación al caso español". Centro de Estudios políticos y Constitucionales. Ministerio de la Presidencia. Revista de Derecho Comunitario Europeo. España. Número 6, Julio/Diciembre (1999): 465-496.

4. Mark JANIS W y John NOYES E. International law cases and commentary. West Group. American Casebook Series. Second edition, 2001.

5. Christian JOERGES. The law in the process of Constitutionalizing Europe. EU Working Paper Law. Florence, 2002.

6. Alejandro LOPEZ LECUBE. Manual de Derecho Comunitario. Ábaco. Universidad Austral. Buenos Aires, 1996.

7. Jean LOUIS. El ordenamiento jurídico comunitario. Comisión de las comunidades europeas. Luxemburgo, 1980-1991.

8. Araceli MANGAS MARTIN y Diego LIÑAN NOGUERAS. Instituciones y derecho de la Unión Europea. Tecnos. Sexta edición, 2010.

9. Pablo MARTÍN RODRÍGUEZ. "La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho Comunitario". Centro de Estudios políticos y Constitucionales. Ministerio de la Presidencia. Revista de Derecho Comunitario Europeo. España. Número 19, Septiembre/Diciembre (2004):829-868.

10. Paolo MENGOZZI. Derecho Comunitario y de la Unión Europea. Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

11. Alejandro RODRÍGUEZ. Bases de Derecho Comunitario Europeo. Manuales. Universidad de Málaga, 2007.

12. Luis Carlos SÁCHICA. Introducción al Derecho Comunitario Andino. Temis, segunda edición, 1990.

III. Fuentes jurisprudenciales

1. Asunto 26/62 "Van Gend & Loos". Sentencia de Febrero 5 de 1963. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:ES:PDF

2. Asunto 6/64 "Costa Vs ENEL". Sentencia de Julio 15 de 1964. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964J0006:ES:PDF

3. Asunto 57/65 "Lütticke". Sentencia de Junio 16 de 1966. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61965J0057:ES:PDF

4. Asunto 28/67 "Molkerei". Sentencia de Abril 3 de 1978. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61967J0028:ES:PDF

5. Asunto 13/68 "Salgoil". Sentencia de Diciembre 19 de 1968. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61968J0013:ES:PDF

6. Asunto 9/70 "Grad". Sentencia de Octubre 6 de 1970. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0009:ES:PDF

7. Asunto 23/70 "Lesage". Sentencia de Octubre 21 de 1970. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0020:ES:PDF

8. Asunto 93/71 "Leonesio". Sentencia de Mayo 17 de 1972. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61971CJ0093:ES:PDF

9. Asunto 9/73 "Schlüter". Sentencia de Octubre 24 de 1973. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61973CJ0009:ES:PDF

10. Asunto 2/74 "Reyners". Sentencia de Junio 21 de 1974. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61974J0002:ES:PDF

11. Asunto 36/74 "Walrave". Sentencia de Diciembre 12 de 1974. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61974J0036:ES:PDF

12. Asunto 41/74 "Van Duyn". Sentencia de Diciembre 4 de 1974. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61974J0041:ES:PDF

13. Asunto 43/75 "Defrenne II". Sentencia de Abril 8 de 1976. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61975J0043:ES:PDF

14. Asunto 106/77 "Simmenthal". Sentencia de Marzo 9 de 1978. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977J0106:ES:PDF

15. Asunto 148/78 "Ratti". Sentencia de Abril 5 de 1979. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61978CJ0148:ES:PDF

16. Asunto 8/81 "Becker". Sentencia de Enero 19 de 1982. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61981CJ0008:ES:PDF

17. Asunto 152/84 "Marshall". Sentencia de Febrero 26 de 1986. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984CJ0152:ES:PDF

18. Asunto 80/86 "Kolpinghuis Nijmenen - Aguas minerales". Sentencia de Octubre 8 de 1987. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61986CJ0080:ES:PDF

19. Asuntos C-6/90 y C-9/90 "Francovich". Sentencia de Noviembre 19 de 1991. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61990CJ0006:ES:PDF

20. Asunto C-386/96 "Dreyfus". Sentencia de Mayo 5 de 1998. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996CJ0386:ES:HTML

21. Asunto C-34/09 "Zambrano". Sentencia de Marzo 8 de 2011. En: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0034:ES:HTML

Notas

1. Es claro que los conceptos de soberanía, Nación y Estado son ideas en crisis, desbordadas por los cambios del siglo XX, cambios a los que responden los conceptos de interdependencia, región y comunidad. En SÁCHICA, Luis Carlos. Introducción al Derecho Comunitario Andino. Temis, segunda edición, 1990, pp. 10-11.
2. Véase, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, artículo 263.
3. TJCE. Asunto 106/77 "Simmenthal", (en línea). Sobre el fondo, considerandos 14 y 15.
4. Alejandro LÓPEZ. Manual de Derecho Comunitario. Universidad Austral. Ábaco, 1996, p. 227.
5. Para Evans, el manejo de normas jurídicas internacionales directamente aplicables y efectivas solamente obedece al estudio del Derecho Comunitario por el Tribunal de Justicia europeo, característica esencial que la distingue del Derecho Internacional público. En EVANS, Malcolm. International law. Oxford, third edition, 2010, pp.426-428.
6. Christian JOERGES. The law in the process of Constitutionalizing Europe. EU Working Paper Law. Florence, 2002, p.6.
7. TJCE. Asunto 26/62 "Van Gend & Loos", (en línea).
8. TFUE. Unión aduanera, artículo 30.
9. Araceli MANGAS. Instituciones y derecho de la Unión Europea. Tecnos, 2010, p. 366.
10. TUE. Artículo 1: El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible.
11. Véase, Van Gend & Loos. B. En cuanto al fondo, párrafo 7.
12. Véase, Van Gend & Loos. B. En cuanto al fondo, párrafo 8.
13. Jean LOUIS. El ordenamiento jurídico comunitario. Comisión de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, 1980-1991, p. 114.
14. Véase, Van Gend… B. En cuanto al fondo, párrafo 16.
15. Véase, Van Gend… Parte operativa. Numeral 1.
16. Con el Tratado de Lisboa, el artículo 13 del TUE dispone los organismos que actualmente componen el sistema institucional de la Unión Europea: Parlamento Europeo, Consejo Europeo, Consejo, Comisión Europea, Tribunal de Justicia, Banco Central Europeo y Tribunal de Cuentas.

17. Véase, Araceli MANGAS. Instituciones… p. 367.
18. Victoria ABELLAN. Lecciones de Derecho Comunitario Europeo. Ariel, 1998, p.154.
19. Al mecanismo de despliegue y aplicación de normas comunitarias por autoridades competentes (nacionales, regionales o locales), y que por virtud de los tratados, es interna y propia de los ordenamientos jurídicos nacionales, pero que requieren de un complemento normativo para su efectiva implementación, se les denomina jurídicamente "transposición" al derecho interno o nacional.
20. TJCE, asunto 41/74 "Van Duyn", (en línea). Fundamentos de derecho. Primera cuestión, punto 6.
21. TFUE. Disposiciones fiscales, artículo 110.
22. TJCE. Asunto 28/67 "Molkerei", (en línea). Fundamentos de derecho. Sobre los efectos del párrafo primero del artículo 95, párrafos 12 y 13.
23. TJCE. Asunto 57/65 "Lütticke", (en línea). Fundamentos de derecho. 1. Sobre las dos primeras cuestiones, párrafo 1.
24. Véase, Lütticke. Ya citado, párrafos 13 y 14.
25. Alejandro RODRÍGUEZ. Bases de Derecho Comunitario Europeo. Universidad de Málaga. Manuales, 2007, p. 172.
26. Véase, Alejandro LÓPEZ. Manual… p. 230.
27. Véanse, entre otros casos de la Corte internacional de justicia (CIJ), los asuntos, Notthebhom y Barcelona Traction en: JANIS W, Mark. International law cases and commentary. American casebook series. West group. Second Edition, 2001, pp. 315-336.
28. TFUE. Prohibición de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros, artículos 34 y siguientes.
29. TJCE. Asunto 13/68 "Salgoil", (en línea). Fundamentos de derecho. II. Sobre la primera cuestión, literal b, párrafo 6.
30. TJCE. Asunto 6/64 "Costa Vs ENEL", (en línea).
31. Véase, Simmenthal. Fundamentos de derecho. Sobre el fondo, considerando 21.
32. TFUE. Derecho de establecimiento, artículos 49 y siguientes.
33. Véase, Costa Vs ENEL. Fundamentos de derecho. Interpretación del artículo 53, párrafo 5.
34. Véase, Victoria ABELLÁN. Lecciones… p. 147.
35. Véase, Salgoil. Fundamentos de derecho, III. Sobre la segunda cuestión, párrafo 1.
36. TFUE. Trabajadores, artículos 45 y siguientes.
37. TFUE. Trabajadores, artículo 49.
38. TJCE. Asunto 2/74 "Reyners", (en línea). Fundamentos de derecho, considerando 18.
39. Véanse en TFUE, artículos 18 y 20.
40. TJUE. Asunto C-34/09 "Zambrano", (en línea).
41. TJCE. Asunto 36/74 "Walrave" (En línea). Fundamentos de derecho, considerando 2.
42. TFUE. Servicios, artículo 56.
43. Reglamento de la Unión Ciclística Internacional (UCI), referente a que en los campeonatos del mundo de ciclismo tras moto, los entrenadores deben ser de la misma nacionalidad que los ciclistas.
44. Véase, Walrave. Fundamentos de derecho, considerando 13.
45. TFUE. Principios, artículo 3.
46. Véase, Walrave. Parte operativa, numeral 3.
47. TFUE. Política social, artículo 157.
48. TJCE. Asunto 43/75 "Defrenne II", (en línea).
49. Véase, Defrenne II. Fundamentos de derecho, considerando 39.
50. TFUE. Actos jurídicos de la Unión, artículo 288: Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones recomendaciones y dictámenes.
51. Véase, Alejandro LÓPEZ. Manual… p. 187.
52. TFUE, artículo 289: El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión. Este procedimiento se define en el artículo 294.
53. TFUE. Ya citado, artículo 288.
54. TJCE. Asunto 93/71 "Leonesio", (en línea). Fundamentos de derecho, considerando 22.
55. Véase, Victoria ABELLÁN. Lecciones… p.159.
56. TJCE. Asunto 9/73 "Schlüter", (en línea). Fundamentos de derecho, considerando 32.
57. MENGOZZI, Paolo. Derecho Comunitario y de la Unión Europea. Tecnos, 2000, p. 209.
58. Véase, Victoria ABELLÁN. Lecciones… p.160.
59. TJCE. Asunto 9/70 "Grad", (en línea). Fundamentos de derecho, considerando 5.
60. TJCE. Asunto C-386/96 "Dreyfus" (en línea). Motivación de la sentencia, fundamento 43.
61. Véase, Araceli MANGAS. Instituciones… p. 354.
62. TJCE. Asunto 23/70 "Lesage", (en línea). Fundamentos de derecho, considerando 6.
63. Véase, Grad. Fundamentos de derecho, considerando 9.
64. Véase, Araceli MANGAS. Instituciones… p. 354.

65. TFUE. Ya citado, artículo 288.
66. TJCE. Asunto 152/84 "Marshall", (en línea). Fundamentos de derecho, considerando 48.
67. TJCE. Asunto 8/81 "Becker", (en línea). Fundamentos de derecho, considerando 24.
68. Jerónimo GONZÁLEZ-ORÚS. "La noción de Estado en relación al efecto directo vertical de las directivas: Aplicación al caso español". En: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia. Revista de Derecho Comunitario Europeo. España, número 6, Julio/Diciembre (1999), p.468.
69. Véase, Araceli MANGAS. Instituciones… p.378.
70. Véase, Araceli MANGAS. Instituciones… pp. 379 a 381.
71. TJCE. Asunto 80/86 "Kolpinghuis Nijmenen" (Aguas Minerales), (en línea). Sentencia. Sobre las dos primeras cuestiones, considerando 10.
72. TJCE. Asunto 148/78 "Ratti", (en línea). Fundamentos de derecho, considerando 24.
73. TJCE. Asuntos C-6/90 y C-9/90 "Francovich", (en línea). Sentencia, considerando 37.
74. Pablo MARTÍN RODRÍGUEZ. "La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho Comunitario". En: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia. Revista de Derecho Comunitario Europeo. España, número 19, Septiembre/Diciembre (2004), p.850.

Artículos de reflexión

Apreciaciones sobre el título preliminar y la principialística del nuevo Código General del Proceso

Sandra Milena Cortés Jiménez*

RESUMEN

Actualmente, el sistema procesal civil colombiano afronta grandes dificultades que generan un desconocimiento de garantías procesales constitucionales correspondientes a quienes son parte de los procesos. Por esto, el legislador colombiano ha proferido la Ley 1564 de 2012, que adopta un nuevo sistema procesal basado en la oralidad y que se caracteriza por ser más garantista que el derogado Código de Procedimiento Civil.

ABSTRACT

At this moment, the Colombian civil procedure system is suffering a big quantity of problems which generate an evident violation of the procedural rights recognized by the Political Constitution for people whose are parts in a legal process. For that reason, this year the Congress adopted a new code for general civil procedure. This new code is based on an oral system which is more guarantor than the derogated Civil Procedure Code.

PALABRAS CLAVE

Código de Procedimiento Civil, Código General del Proceso, sistema oral, garantías procesales, debido proceso.

KEY WORDS

Civil Procedure Code, General Code of Process, Oral system, procedural rights, due process.

INTRODUCCIÓN

El reciente reemplazo del tradicional sistema procesal civil colombiano basado en la escritura por un esquema oral, fue un suceso de inminente ocurrencia. Evidentemente, el funcionamiento de la jurisdicción civil en Colombia afronta grandes dificultades que redundan en un desconocimiento abierto a muchas de las notas características fundamentales de un Estado Social de Derecho. Por esto, desde la academia (concretamente, desde el Instituto Colombiano de Derecho Procesal) se planteó desde el año 2003[1] la posibilidad de suplir el antiguo Código de Procedimiento Civil por un nuevo estatuto que contuviera mecanismos ágiles y eficaces para administrar justicia, que permitiera una cercanía real entre el ciudadano del común y la jurisdicción.

Un primer intento se vio plasmado a través de la Ley 1395 de 2010, que incluyó varias modificaciones al Código de Procedimiento Civil. Lamentablemente, la aplicación de este cuerpo normativo ha venido enfrentando varias vicisitudes, entre ellas, demandas de inconstitucionalidad y en general una deficiente implementación.

En consecuencia, recientemente fue sancionada la Ley 1564 de 2012, con la cual se intenta adoptar un nuevo sistema procesal, para asuntos civiles, de familia, comerciales y agrarios, cimentado bajo un esquema con tendencia a la oralidad. Vale la pena tener presente que este Código tiene la característica de ser general en la medida que sus disposiciones se aplican "a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes"[2]. Es decir, el Código General del Proceso desempeñará en nuestro sistema jurídico un papel integrador muy importante.

Por lo anteriormente expuesto, este trabajo pretende tratar algunas generalidades sobre el Título Preliminar de la Ley 1564 de 2012 y sobre los principios en ella consagrados y que iluminan la aplicación del Código General del Proceso a la luz de los componentes del debido proceso.

I. Algunas reglas generales de procedimiento consagradas en el título preliminar del Código general del proceso

1. Ámbito de aplicación e interpretación del Código General del Proceso

Como se indicaba al inicio, la Ley 1564 de 2012 será la norma que regulará la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. También se aplicará a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes. Es por esta razón que se afirma que el procedimiento consagrado en este código es el más receptivo.

Adicionalmente, al interpretar la ley procesal, los funcionarios judiciales deberán tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Es decir, se mantiene el principio de la primacía de la ley sustancial sobre la procedimental.

El título preliminar de la Ley 1564 de 2012 indica con claridad que las dudas que surjan en la interpretación de sus normas deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal, garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se debe abstener de exigir y de cumplir formalidades innecesarias. De tal modo, esta ley enfatiza en la pretensión de la implementación de un sistema de procedimiento con tendencia a la oralidad, que consiste en alcanzar que la jurisdicción sea más cercana a los ciudadanos y que en ella se garanticen los derechos fundamentales de los mismos.

Es vital tener presente que en caso de que el funcionario judicial y en general los destinatarios de la norma encuentren vacíos y deficiencias en el código, estas deberán llenarse acudiendo a normas que regulen casos análogos. A falta de éstas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial.

Resulta fundamental recordar que el Código General del Proceso insiste en que las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

2. La jurisdicción civil corresponde a una "justicia rogada"

Tradicionalmente y durante la vigencia del Código de Procedimiento Civil se ha señalado que la jurisdicción civil corresponde a una "justicia rogada", pues los procesos judiciales deben ser iniciados a petición de parte y no de manera oficiosa. Con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, esa concepción sigue vigente, pues el artículo 8 de esta ley señala que "los procesos sólo podrán iniciarse a petición de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio".

3. La garantía de la doble instancia

El artículo 31 de la Constitución Política consagra la garantía de la doble instancia al señalar que "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley". En ese mismo sentido, el artículo 9 del Código General del Proceso establece que "los procesos tendrán dos instancias a menos que la ley establezca una sola".

II. La principialística del Código general del proceso

En esta parte del escrito se pretende explicar brevemente el significado de los principios que el Código General del Proceso contiene. Sin embargo, es útil poner de manifiesto que hay principios como la buena fe procesal, la lealtad procesal, la economía procesal, el principio de contradicción, el principio de publicidad y otros, que aunque no están expresamente consagrados en la ley procesal deben irradiar las actuaciones de los destinatarios de la norma.

1. Acceso a la justicia (artículo 2 del Código General del Proceso)

Uno de los propósitos fundamentales que persiguió el Instituto Colombiano de Derecho Procesal con la adopción de este nuevo Código fue la "ar-

monización de las instituciones procesales con la Constitución Política de 1991 que dispone la prevalencia del derecho sustancial y la protección de los derechos fundamentales"[3].

Así, sobre el acceso a la justicia, el artículo 2 del Código General del Proceso indica que "toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado".

En primer lugar, vale la pena tener presente que la Constitución Política en su artículo 229 señala que toda persona tiene derecho para acceder a la administración de justicia para obtener de ella una solución definitiva a sus controversias, lo que implica que "las autoridades que administran justicia deben garantizar la plenitud de garantías procesales a fin de obtener la vigencia de los principios, derechos y deberes constitucionales, debiendo orientar sus actuaciones hacia el logro del valor justicia dentro de las previsiones del ordenamiento jurídico"[4].

Igualmente, es vital recordar que el artículo 228 de la Constitución Política también establece que los términos procesales deben ser observados diligentemente y que su incumplimiento será sancionado. Lamentablemente, en la realidad jurisdiccional colombiana se evidencia que la disposición constitucional en comento simplemente se quedó escrita y sin verdadera aplicación, razón por la cual, como lo diría el Maestro Jairo Parra Quijano "La gente común tiene, generalmente, la convicción que el órgano jurisdiccional lo organizaron en su contra"[5], pues se hace notorio que se ha generado un continuo desconocimiento de las garantías correspondientes a las partes que se ven involucradas en los litigios y una fuente de autocomposición negativa, lo cual resulta abiertamente contrario a los pilares del Estado Social de Derecho.

Por tal razón, es indispensable que los jueces, abogados y partes dentro de los procesos civiles asuman el compromiso de actuar de tal modo que la celeridad sea una nota característica de la jurisdicción civil luego de la entrada en vigencia del Código General del Proceso. Es que no es posible desconocer que:

> *"Las reformas por sí solas no hacen milagros. Reformar las leyes de procedimiento no servirá de nada si no mejora la mentalidad de los hombres a los cuales está confiada la máquina de la justicia; abogados y jueces, […] deben tener la voluntad de traducir el espíritu innovador de las reformas en los casos concretos que atienden o que deciden. De no ser así, aun cambiando los códigos, las cosas seguirán igual"*[6].

2. Proceso oral y por audiencias (artículo 3 del Código General del Proceso)

El Código General del Proceso trae la innovación de la regla señalada en el artículo 3, en que se establece que "Las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva".

La consagración de esa regla es la concreción de lo que la Ley 1285 de 2009 (que reformó la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia) ordenó en su artículo 1, debiendo entonces desarrollarse las actuaciones correspondientes a los procesos judiciales de manera oral con las excepciones que la ley establezca, siendo indispensable para esto la adopción de nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y teniendo en cuenta los nuevos avances tecnológicos.

Todo esto se ha dado así porque se ha demostrado que mediante procesos con tendencia a la oralidad se logra simplificar, facilitar la inmediación, concentrar, economizar y agilizar la obtención de sentencias de buena calidad que hagan tránsito a cosa juzgada y resuelvan de manera definitiva las controversias. Se ha hecho evidente que los sistemas procesales con estructura escrita no atienden a las nuevas realidades que presentan la sociedad y el derecho de hoy.

Se considera la adopción de un sistema procesal civil con tendencia a la oralidad es quizá el eje fundamental sobre el que gira el estudio y aplicación del nuevo código. Es importante tener presente que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha recordado que "la oralidad en la administración de justicia se concibe como una norma que tiene la estructura de principio"[7]. Téngase en cuenta que los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas.

Por supuesto, la implementación de este sistema con tendencia a la oralidad representa un verdadero reto para los abogados y los jueces, pues se requerirá un mayor conocimiento sobre las normas sustanciales y el desarrollo de una verdadera habilidad para desenvolverse dentro de los estrados, interponer los recursos que se requiera, etc.

3. Igualdad de las partes (artículo 4 del Código General del Proceso)

La igualdad es un principio fundamental en nuestro sistema jurídico. Tanto así que el artículo 13 de nuestra Constitución Política señala que "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades (…)". Se ha resaltado esta expresión porque esta es una frase que se encuentra claramente manifestada en la redacción del artículo 4 del Código General del Proceso, que señala en su tenor literal que "El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes".

De acuerdo con lo anterior, en el marco de un proceso judicial las partes gozan de las mismas oportunidades dentro del trámite, bien sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, sin considerar que ocupen determinada posición social, que se adhieran a determinada ideología política, etc.

En el Código de Procedimiento Civil no se tenía una titulación referente al principio de igualdad. Sin embargo, su artículo 4 reconoció la importancia de este principio, estableciendo que "Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes" (subrayado fuera de texto).

4. Principios de Oralidad, Inmediación y Concentración (Artículos 3, 5 y 6 del Código General del Proceso)

Vale la pena reiterar que "la concentración es la característica más notoria de un sistema oral de procedimiento civil, y a su vez, es la diferencia fundamental entre el sistema oral y el escrito, este último, como ya es sabido, se caracteriza por el tradicional culto a la forma, y la lentitud que este conlleva"[8].

La doctrina ha señalado que el principio de concentración implica que el proceso "debe realizarse

en el menor tiempo posible y con la mejor unidad, sin que tenga que sacrificarse el derecho de las partes a la defensa y el ejercicio de los recursos"[9].

El principio de concentración según lo establecido en el Código General del Proceso, implica que "el juez deberá programar las audiencias y diligencias de manera que el objeto de cada una de ellas se cumpla sin solución de continuidad. No podrá aplazar una audiencia o diligencia, ni suspenderla, salvo por las razones que expresamente autoriza este código".

Por su parte, el principio de inmediación indica que "el juez deberá practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que le correspondan. Solo podrá comisionar para la realización de actos procesales cuando expresamente este código se lo autorice". La doctrina comúnmente ha definido el principio de inmediación como "la impresión fresca y directa de la prueba mediante la comparecencia oral"[10].

Los dos principios enunciados y explicados han sido reconocidos tradicionalmente en los estatutos de procedimiento civil. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que en un proceso judicial con tendencia oral se hace más efectivo lo señalado por la ley porque se facilita que el funcionario judicial tenga más cercanía con las partes y las pruebas, de modo que se hace mucho más fácil garantizar el debido proceso.

Sobre esa sana relación entre oralidad, inmediación y concentración, resulta muy completa y pertinente la exposición que el Instituto Colombiano de Derecho Procesal hace sobre la estructura del proceso judicial según el Código General del Proceso y que se transcribe a continuación:

> *"La estructura que se pone en práctica en el CGP tiene generalmente tres etapas: Una introductoria o preparatoria esencialmente escrita, de demanda y contestación; otra fase intermedia o audiencia inicial esencialmente oral, en la que con interés se intenta la conciliación, luego se adoptan medidas de saneamiento para evitar nulidades y precaver sentencias inhibitorias, posteriormente se realizan interrogatorios oficiosos y exhaustivos para establecer el mayor número de hechos que puedan ser fijados y, a continuación, se decretan las pruebas.*
>
> *Finalmente, en otra audiencia que es de instrucción o juzgamiento se practican las pruebas, se escuchan los alegatos de conclusión y se emite el fallo. Si es posible, las dos audiencias pueden convertirse en sólo una. En todo caso, la concentración supone que el juez esté en condiciones de dictar la sentencia en la misma audiencia en que practica las pruebas y escucha los alegatos, o, subsidiariamente, en un plazo breve, porque es impostor del sistema oral aquel proceso en el que la sentencia se dicta mucho después de terminada la audiencia de pruebas y alegatos. Para un exitoso desarrollo de estas etapas el CGP contempla la ayuda de medios técnicos con el fin de conservar para el futuro lo acontecido, sin tener que copiar o dictar en actas escritas los sucesos de las audiencias.*
>
> *Esta estructura del proceso oral funcionará de manera eficiente si, como lo requiere el CGP, se reúnen los siguientes presupuestos: a) la presencia de todos los sujetos en las audiencias de manera puntual y permanente, con posibilidad de excusa sólo por motivos extraordinarios; b) el predominio de la palabra hablada para la comunicación entre los sujetos del proceso, quedando proscrito remplazar con escritos las actuaciones orales; c) un gran juez, con amplios poderes de dirección y gobierno y unas partes con sus abogados que observen estricta y responsablemente sus deberes recíprocos de lealtad, probidad y buena fe; d) la inmediación y concentración, para que el juez permanezca en las audiencias "bajo el yugo de la atención" y desarrolle el mayor número de actuaciones en el menor tiempo posible".*

5. Principio de legalidad (Artículo 7 del Código General del Proceso)

El principio de legalidad es una manifestación más del debido proceso a la luz de lo señalado, en el artículo 29 de la Carta Política. Por supuesto, todas las actuaciones judiciales deberán ajustarse a las normas de procedimiento correspondientes.

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución Política, el Código General del Proceso señala que "Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina".

Llama la atención de la redacción del artículo 7 del Código General del Proceso que se da además la posibilidad a los funcionarios judiciales para utilizar la costumbre como fuente para desarrollar su actividad.

Además, resulta novedoso que el inciso segundo del artículo que se comenta del Código General del Proceso consagre una regla que pretende traer a la jurisdicción civil una utilización de precedentes al señalar que "cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos".

6. Principio del debido proceso (artículo 14 del Código General del Proceso)

Sobre el debido proceso, el Código General del Proceso señala que éste se aplicará a todas las actuaciones en él previstas y que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Igualmente, la consagración de este principio en el Código que se viene comentando es una manifestación de los componentes que la Constitución Política en su artículo 29 señala para el debido proceso. Así, el desarrollo de los procesos judiciales a partir de 2014 deberá ajustarse a las formas propias que el Código General del Proceso señala para cada procedimiento.

Adicionalmente, el artículo 14 del Código General del Proceso reitera lo establecido en el inciso final del artículo 29 de la Carta Política, que en su tenor literal indica que "Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

Bibliografía

Legislación

Constitución Política de Colombia

Código General del Proceso

Código de Procedimiento Civil

Ley 1285 de 2009

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 2008.

Doctrina

ARAÚJO-OÑATE, Rocío Mercedes. Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado. En, Estudios Socio-Jurídicos vol.13 no.1 Bogotá Enero-Junio de 2011.

CANOSA, Ulises. Novedades del proceso civil español. Tendencias del proceso civil colombiano. El proceso civil oral en XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2002.

CORTÉS JIMÉNEZ, Sandra Milena (Compiladora). Reflexiones acerca de la implementación de la oralidad en el Procedimiento Civil Colombiano. Ensayo para participar en el Concurso Internacional de Derecho Procesal, 2010.

COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA EL IMPULSO DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL. Técnicas del juicio oral en el sistema penal Colombiano, Bogotá, 2003

INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Presentación del Código General del Proceso.

RIVERA, Rodrigo. La pericia en el proceso oral.

Notas

*Estudiante de primer semestre de Ciencias Política en la Universidad de La Sabana.. Actualmente es Directora de la Revista de Estudiantes Dissêrtum. Se ha desempeñado como monitora de las asignaturas Teoría General del Proceso, Procesal Civil y Métodos Alternos, Derecho Probatorio, Procesos Especiales y de Consultorio Jurídico. Contacto: sandra.cortes1@unisabana.edu.co.

1. INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Presentación del Código General del Proceso. Puede consultarse en http://www.icdp.org.co/esp/descargas/cgp/PresentacionCGP.pdf.
2. CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 1. Sobre el particular, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley elaborado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal se señaló que "Este Código (…) tiene en gran valía el impacto que las decisiones van a tener sobre la comunidad. Regula las materias civil, comercial, de familia, agrario, ya sea ante jueces, como ante autoridades administrativas y es referente para los procesos laborales, administrativos y de cualquier otra naturaleza. En esa medida es un Código General del Proceso".
3. Op. Cit. Presentación del Código General del Proceso.
4. María Mercedes ARAÚJO-OÑATE. Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado. En, Estudios Socio-Jurídicos vol.13 no.1 Bogotá Enero-Junio de 2011.
5. Ulises CANOSA, hizo referencia a esa expresión recordando una célebre ponencia presentada por el Doctor Jairo Parra Quijano en un congreso internacional celebrado en Roma en septiembre de 1995.
6. Ulises CANOSA. Novedades del proceso civil español. Tendencias del proceso civil colombiano. El proceso civil oral en XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2002. P. 540.
7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 2008.
8. Sandra Milena CORTÉS JIMÉNEZ (Compiladora). Reflexiones acerca de la implementación de la oralidad en el Procedimiento Civil Colombiano. Ensayo para participar en el Concurso Internacional de Derecho Procesal, 2010. P. 12.
9. Rodrigo RIVERA. La pericia en el proceso oral. P. 64.
10. COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA EL IMPULSO DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL. Técnicas del juicio oral en el sistema penal Colombiano, Bogotá, 2003, p. 90.

Reseñas

Napoleón Bonaparte

Sofía Vargas Lozada*

RESUMEN

Napoleón Bonaparte fue un estadista y estratega militar que jugó un papel preponderante en el escenario político europeo de finales del siglo XVIII y principios del XIX. Además de lograr organizar una Francia que estaba sumida en el caos, logró configurar un imperio, extendiendo así su influencia. El propósito de este artículo es tratar de examinar si se puede considerar que su legado ha logrado mantenerse vigente en la actualidad. Para lo anterior se hará una síntesis de los aspectos más relevantes de su vida, se analizarán sus cualidades como hombre de Estado y se buscará evaluar sus logros.

PALABRAS CLAVE

Napoleón Bonaparte, hombre de Estado, legado.

ABSTRACT

Napoleon Bonaparte was a military strategist and statesman who played a leading role in the European political stage of the late 18th and early 19th centuries. Besides achieving organize a France that was plunged in chaos, managed to set up an empire, extending this way his influence. The idea of this article is to try to examine if his legacy has prevailed through history being considered in force nowadays. For this purpose a synthesis of his life's most relevant aspects will be done, as an analysis of his qualities as a statesman and it will be seek to evaluate what he achieved.

KEY WORDS

Napoleon Bonaparte, statesman, legacy.

1. Un corso cuya ambición lo llevaría lejos

Tan solo tres meses después de haber sido Córcega tomada por las tropas de Luis XV, el 15 de agosto de 1769, nace en Ajaccio un hombre que no podrá pasar desapercibido, tal como él mismo lo expresará más tarde: *"Les hommes de génie sont des météores destinés à brûler pour éclairer leur siècle"*[1]. Su nombre es Napoleón[2] Bonaparte, hijo de Carlos María Bonaparte y de Leticia Ramolino.

Víctima de un proceso de transición histórico, el joven Corso llega a Francia en calidad de noble a la edad de 9 años e ingresa a Escuela Real Militar de Brienne. Es un extranjero estigmatizado, objeto de constantes burlas por parte de sus compañeros y profesores. Lo anterior conlleva a que se torne en una persona decidida, agresiva, introvertida y ambiciosa *"El niño solitario quiere triunfar, borrar su condición de vencido. ¿Extranjero? quizás. Sometido, jamás"*[3].

Tras seguir exitosamente la carrera militar, Bonaparte sueña con vengar lo acontecido en su patria y con escribir un libro sobre la historia corsa en donde se muestre hostil hacia la dominación francesa[4] . No obstante lo anterior, al volver a Ajaccio se desilusiona *"El espectáculo actual de mi patria y la imposibilidad de cambiarlo es razón de más de rehuir una tierra cuyos hombres estoy obligado a alabar por deber y a despreciar por honor"*[5]. En ese momento se da cuenta de que se encuentra ante una disyuntiva, es corso pero valora su uniforme, es ahora militar extranjero, amigo de Agustín Robespierre, jacobino comprometido y eso lo determina. Decide entonces escribirle a Pascal Paoli [6] quien le da la espalda y de quien se empieza a distanciar.

Llega el momento de la Revolución, el 14 de julio de 1789 se produce la toma de la Bastilla. Napoleón no se encuentra en París pero se siente emocionado, ve que algo va a cambiar, es optimista, solo piensa en la liberación de su patria.

A raíz de lo anterior Paoli regresa a Córcega, en donde se produce una ruptura definitiva con Bonaparte, el héroe de su infancia es ahora su enemigo. Su futuro ya no está en la isla. *"a partir de ahora es francés"*. [7] Añádase a esto que semanas posteriores a la Revolución, Córcega deja de ser considerada territorio sometido para hacer parte del reino, razón por la cual Napoleón abandona su deseo de liberarla:*"aquellos que nos mataban antes por rebeldes son hoy nuestros protectores, animados de nuestros propios sentimientos"* .[8]

Es en estas condiciones que se desplaza a París en donde es testigo del juicio a Luis XVI. Hasta este momento es solamente un espectador, enemigo del desorden y del "populacho" pero eso no le satisface, quiere imponer ley, luchar y salir victorioso.

Una vez instaurada La República y consciente de que *"la política es el gran resorte que decide el destino de los hombres"*[9], decide tomar partido y estar a favor de la Convención. Paralelamente, Francia presenta gran inestabilidad, afronta en su interior una guerra civil y en el exterior una guerra contra casi toda Europa, la cual se ve agudizada cuando Toulon se rebela contra la Convención abriendo sus puertos a los ingleses. Napoleón interviene *"su plan es el único que puede hacer caer Toulon"*. Una vez recuperado este territorio le es otorgado un puesto en el Comité de Salud Pública y es promovido a general de brigada. Dados sus vínculos con Agustín Robespierre, es por esta época acusado, encarcelado y posteriormente liberado.

Dos años más tarde el Directorio rige Francia, Bonaparte se casa con Josefina de Beauharnais y participa en la campaña de Italia como comandante supremo del ejército. Sabe dirigirse a sus tropas y sorprender al enemigo rompiendo todos los esquemas que se tenían para hacer la guerra. Cabe precisar que al salir vencedor y demostrar sus dotes como diplomático, negociando las capitulaciones, logra consolidar una imagen que quiere transmitir a toda Francia, la del "Invencible Bonaparte"[10].

Pese a que *"Sus increíbles éxitos engendraron la desconfianza del Directorio y de los generales rivales"*[11], le permiten llevar a cabo la campaña de Egipto[12].

En ésta tiene que enfrentar una peste que reduce su ejército y el robo de sus armas por parte de los ingleses. Lo anterior lo obligó a retirarse.

Cuando regresa a Francia, ésta se encuentra en un Estado de caos. Siéyés[13] le propone que lo apoye en un golpe de Estado parlamentario por el cual se logre la revisión de la Constitución vigente en ese momento. Dicho golpe se convirtió en un golpe militar pasando Siéyés a un segundo plano frente a Bonaparte quien aprovechó la oportunidad para construir una constitución en donde quedaba plasmada tanto su personalidad como su ambición, se nombró mediante esta Cónsul. Posteriormente le hizo dos reformas, en la primera obtiene el consentimiento del pueblo para que este cargo sea vitalicio y tras la segunda se convierte en emperador.

Con esta investidura, Bonaparte se da cuenta de la necesidad que tiene tanto de un heredero como de expandir su imperio para lo cual se separa de Josefina y se casa con la archiduquesa de Austria María Luisa, con quien tiene un hijo legítimo.

En 1812 pierde la guerra contra la coalición. Tras un golpe de Estado parte al exilio en la isla de Elba. Tres años más tarde se escapa logrando regresar a Francia en donde recupera su investidura por cien días, mas es derrotado definitivamente en la Batalla de Waterloo, *"Napoleón en confinado en Santa Elena"*[14] lugar en donde muere seis años después.

2. Napoleón: ¿Un Mero estratega militar o a su vez un Hombre de Estado?

Como es bien sabido, Napoleón se entregó ante todo a la vida militar, después de la Revolución se dedicó a luchar por sus ideales, o al menos eso consideraba pues resulta paradójico que *"fue la espada que la clase media necesitó para llevar a puerto la Revolución Francesa (…) pero también fue el hombre que, de algún modo falseó el espíritu de esa Revolución"* [15]; durante el consulado buscó la paz y posteriormente, cuando se estableció el imperio, su objetivo primordial fue la expansión. Sus constantes victorias en este ámbito fueron las que lo hicieron acreedor del título del Invencible Bonaparte, era visto en Francia como un héroe por lo que era recibido después de sus campañas con euforia. Además de lo anterior, era un estratega y sabía cómo referirse a sus soldados *"él excitaba los ánimos para alcanzar cada vez más altas metas con órdenes del día dosificadas (…) ¡gloria y botín!"*. [16]

No obstante lo anterior, desde su juventud advirtió la importancia que tenía la política como medio para alcanzar sus ambiciosas metas por lo que valoró especialmente la palabra, sabía que esa era la manera de influir sobre los hombres.[17]

Una vez se realizó la toma de la bastilla, Napoleón hizo explícito su consentimiento a la nueva Constitución y al Club de los Jacobinos:*"él declara con vehemencia que es un republicano convencido, partidario de la salud pública y no del buen vivir de un soberano"* [18]. Cabe mencionar que en 1792 se opuso a los jacobinos. Seis años después dijo en Avignon: *"Yo no soy de ningún bando, yo soy del bando del pueblo francés"*[19] . Para este momento, Bonaparte ya había comenzado a hacer uso de la propaganda para exaltar sus triunfos y para hacerse conocer en Francia; si la soberanía recaía ahora en el pueblo, el pueblo tenía que apoyarlo para alcanzar sus fines.

Es así como en 1799 llega a ser Cónsul de la República tras reformar de la Constitución. Esta investidura supuso que Bonaparte se tuviera que encargar verdaderamente de los asuntos del Estado.

Dicha constitución contemplaba un poder colegiado que recaía sobre tres cónsules, no obstante, el poder estaba verdaderamente concentrado en el Primer Cónsul[20] es decir, en Napoleón. Una ficción similar se presentó cuando Bonaparte se hizo emperador ya que pese a que la constitución planteaba que se debía dar una división de poderes, él era en realidad quien ostentaba el poder en su totalidad. *"Tenía casi más poder que los reyes de Francia (…) por eso estamos tentados a escribir que Napoleón gobernó solo."* [21]

Lo anterior caracterizó el Estado Napoleónico al igual que, según Jean Tulard, la laicidad, el hecho de que su Estado no fuera de carácter militar y el respeto hacia la soberanía de la nación.

Con respecto a la laicidad, aunque el emperador firmó un Concordato con el Papa Pío VII, en este la iglesia quedaba subordinada al poder del monarca, a demás, el régimen reconocía otras religiones tradicionales. En palabras de Napoleón *"Cada uno debe conservar la religión en la cual ha crecido, la religión de sus padres (…)"* . [22]

Ahora haciendo referencia a los otros dos aspectos, se da el respeto a la soberanía de la nación dado que él fue elegido por el pueblo, ya que sometió las reformas de la constitución a plebiscitos, y éste "delegó su soberanía al jefe de Estado" . No se establece un régimen militar pues pese a que se exaltaron las fuerzas militares encarnadas en La Grande Armée, estas no tuvieron autoridad sobre la policía ni sobre ninguna otra institución. [24]

Se puede observar entonces que Napoleón hizo reformas en todos los ámbitos de la vida pública, creó instituciones fundamentales para la estructuración de la nación como lo fueron entre otras el consejo de Estado y el Banco de Francia, reestructuró los impuestos, creó la Legión de Honor, reorganizó los museos, se preocupó por la instrucción pública y presenta Le Code Napoléon, un código civil que se divulgó por toda Europa y fue tildado como *"el más admirable, el más moderno código del mundo."* [25]

En otras palabras: *"Él hereda una Francia políticamente fragmentada, económicamente maltratada, socialmente dividida, espiritualmente destruida (…) Quince años más tarde, esa Francia apareció fuerte y organizada."*

En definitiva se puede afirmar que además de haber sido Napoleón un estratega militar, fue un estadista, un hombre de Estado en los términos de Jean Tulard.[26]

3. "Que la memoria de cuanto he hecho sea mi dinastía" [27]

Vale la pena ahora considerar la vigencia del legado de Napoleón, ¿en realidad logró *"lanzar en el suelo de Francia algunas masas de granito"* [28] como se había propuesto?

En materia institucional, es preciso reiterar que Napoleón creó instituciones que han servido desde entonces para vertebrar el Estado Francés, si bien estas han sido objeto de reformas, son pocas las que han sido realmente eliminadas por lo que se considera que Bonaparte es el padre de las instituciones francesas. Muy semejante es la realidad en materia de derecho civil, *Le Code Napoléon "ha sido uno de los elementos clave de la unificación jurídica de Francia"* [29] tanto así que aun cuando ha tenido numerosas modificaciones, es el código que sigue vigente en la actualidad.

Ahora bien en lo que concierne a lo militar, como un gran estratega Napoleón *"reinventó el arte de hacer la guerra"*. [30] Su táctica ofensiva basada en la velocidad, su creatividad en los movimientos de estrategia, su análisis exhaustivo de las condiciones, y su flexibilidad para adecuarse al escenario en el cual se hallaba rompió los esquemas que se tenían y ha sido un modelo en esta materia.

No menos importante resulta su legado cultural y arquitectónico entre el cual se encuentra la construcción del Arco del Triunfo a raíz de la victoria

de Austerlitz, el nacimiento de la egiptología ya que durante su campaña en Egipto,*"promovió el estudio científico del país" , se descubrió la Piedra Rosetta, descifrada posteriormente por Champollion y se publicó una obra titulada description de L'Egypte, ou Recueil des Observations et des Recherches qui ont été faites en Egypte pendant l'expedition de l'arme francaise, publié par les ordres de Napoleón* en la cual se catalogaron, dibujaron y registraron los hallazgos hechos durante la campaña. Y el enriquecimiento de los museos franceses gracias a que en sus capitulaciones, "*las obras maestras del arte figuraron en los tratados de paz (…) convirtiendo al Louvre en la metrópoli universal de la pintura"*[32], a que trasladó un obelisco de Egipto a Francia, y a que *"logró movilizar a los artistas para que proclamaran la grandeza de su reino."* [33]

En suma, las profundas acciones llevadas a cabo por Napoleón con el fin de reorganizar una nación que se encontraba en caos han perdurado a lo largo de los años, contemplando estas no solo temas administrativos, militares o económicos sino también, culturales. Se puede concluir entonces que su legado ha sido vasto y perenne cumpliendo el emperador aquello que se había propuesto.

Referencias

(n.d.). En http://www.thucydide.com/realisations/comprendre/code_napoleon/code0.htm fecha de consulta: 07 de octubre de 2012

Amigos de la Egiptología, en http://www.egiptologia.com/historia-de-la-egiptologia/3136-la-tecnica-del-grabado-en-el-redescubrimiento-del-antiguo-egipto.html?start=, fecha de consulta: 07 de octubre de 2012

Biografías y Vidas, 2012, en http://www.biografiasyvidas.com/biografia/s/sieyes.htm, fecha de consulta: 3 de octubre de 2012.

BRUYÈRE- OSTELLS, Walter. Napoléon., París, Eyrolles, 2012.

FONDATION NAPOLÉON, en http://www.napoleon.org/fr/essentiels/faq/index.asp#ancre8, fecha de consulta: 07 de octubre de 2012

GALLO, Max. Napoleón (Vol. 1). Barcelona , Planeta , 2003.

GETTELL, Raymond. G. Historia de las Ideas Políticas (Vol. 2). México D.F, Editora Nacional, 1973, trad. Teodoro González García

LENTZ, Thierry. Napoléon, Le Cavalier Bleu , 2001.

MARKOV, Walter. "Napoleón" , Los Hombres de la Historia 4 (1968), pp. 1-28.

Pascal Paoli : Père de la Patrie Corse - Esprit des Lumières 2007, En http://www.pascalpaoli.org, fecha de consulta: 15 de Agosto de 2012.

Tulard, Jean. Les Homes d' État: Napoléon, París, Bayard, 2005.

Notas

*Estudiante de Ciencias Políticas de la Universidad de la Sabana

1. "Los hombres de genio son meteoros destinados a incendiarse para iluminar su época". Walter BRUYÈRE- OSTELLS, Napoléon., París, Eyrolles, 2012, p. 16.
2. Napoleón significa "el que todo lo intenta" Walter MARKOV, "Napoleón" , Los Hombres de la Historia 4 (1968), p.0 .
3. Max GALLO, Napoleón (Vol. 1). Barcelona , Planeta , 2003, p. 16.
4. Walter BRUYÈRE- OSTELLS, Napoléon, op. cít., p. 9.
5. Max GALLO, Napoleón ,op. cit., p. 43.
6. Pascal Paoli: Líder de la resistencia corsa a los franceses, vencido en la batalla de Ponto Novo en 1769. En 1775 escribió una Constitución reclamando la soberanía del pueblo y la separación entre los poderes legislativo y ejecutivo. Pascal Paoli : Père de la Patrie Corse - Esprit des Lumières 2007, En http://www.pascalpaoli.org, fecha de consulta: 15 de Agosto de 2012.
7. Max GALLO, Napoleón ,op. cit., p. 78.
8. Ibidem, p. 53.
9. Ibidem, p. 83.
10. Walter MARKOV, "Napoleón", op. cit., p. 8.
11. Ibidem, p. 9.
12. Egipto representaba un punto estratégico para el comercio de Inglaterra, enemiga de Francia. Ibidem, p. 9.
13. Siéyés fue un político de la revolución francesa y un miembro del Directorio. Biografías y Vidas, 2012, en http://www.biografiasyvidas.com/biografia/s/sieyes.htm, fecha de consulta: 3 de octubre de 2012.
14. Walter MARKOV, "Napoleón", Op. cit., p. 4
15. Ibidem , p. 0.
16. Ibidem , p. 0.
17. Max GALLO, Napoleón , Op. cit., p.51.

18. Ibidem , p. 70.
19. Ibidem , p. 196
20. Jean TULARD, Les Homes d' État: Napoléon, París, Bayard, 2005, p. 12.
21. Thierry Lentz, Napoléon, Le Cavalier Bleu , 2001, p. 35.
22. Jean TULARD, Les Homes d' État: Napoléon Op. cit., p. 18.
23. Ibidem , p. 22.
24. Ibidem , p. 23.
25. Walter MARKOV, "Napoleón", Op. cit., p. 12.
26. "El hombre de Estado es aquel que pone su inteligencia y su autoridad al servicio del Estado" Jean TULARD, Les Homes d' État: Napoléon Op. cit., p. 7.
27. Max GALLO, Napoleón ,op. cit Op. cit., p. 823.
28. Napoleón consideraba que la sociedad estaba fragmentada por eso en 1800 durante un discurso ante el Consejo de Estado mencionó que tal era su proyecto. "jeter sur le sol de France quelques masses de granit". Fondation Napoléon, en http://www.napoleon.org/fr/essentiels/faq/index.asp#ancre8, fecha de consulta: 07 de octubre de 2012
29. (n.d.). En http://www.thucydide.com/realisations/comprendre/code_napoleon/code0.htm, fecha de consulta: 07 de octubre de 2012
30. Jean TULARD, Les Homes d' État: Napoléon Op. cit., p. 85.
31. Amigos de la Egiptología, en http://www.egiptologia.com/historia-de-la-egiptologia/3136-la-tecnica-del-grabado-en-el-redescubrimiento-del-antiguo-egipto.html?start=, fecha de consulta: 07 de octubre de 2012
32. Walter MARKOV, "Napoleón", Op. cit., p. 9.
33. Walter BRUYÈRE- OSTELLS, Napoléon, Op. cit., p. 172.

Definición de las primeras leyes en Colombia a la luz de los sistemas jurídicos: romano y español antiguo

Diana Carolina Sánchez Vera*

RESUMEN

Siempre se ha pensado que el origen del sistema jurídico colombiano, fue influenciado por los siguientes países: Francia con el Derecho civil, comercial y administrativo; Alemania con el Derecho penal y Roma con la base del sistema jurídico latino, quedando su uso vigente hasta la edad media. El presente texto es una recopilación a grandes rasgos, de la influencia que ejercieron la cultura Española, romana e Indígena poco exploradas pero no menos importantes, en la definición de las primeras leyes colombianas. Lo anterior se afirma de una revisión a los diferentes planes de estudios de las diferentes facultades de Derecho y de la conclusión llegada en la asignatura "Sociedad y Derecho".

ABSTRACT

Lawyers always have thought that the origin of the Colombian legal system was influenced by France with the civil, commercial and administrative law; Germany by criminal law and Roman law was only the basis of the legal Latin system, leaving current use until middle age. This text is a roughly compilation of the influence that Spanish culture, Roman and Native, legal cultures few developed but no less important than the first legal cultures mentioned and its influences on the definition of the first Colombian laws.

PALABRAS CLAVE

Derecho romano, siete partidas, derecho indígena, Sistema jurídico Colombiano, Derechos Humanos, Justiniano, Facultades de Derecho.

KEY WORDS

Latin Law, Seven Items, Native Law, Colombian Legal System, Human Rights, Justinian, Law Faculties.

INTRODUCCIÓN

El presente escrito se basa en el Derecho Romano, indígena y español, para mostrar que estos dieron inicio al sistema legal Colombiano. Lo anterior busca mostrar los resultados de una inves-

tigación hecha en el marco de la Clase Sociedad y Derecho, bajo la tutoría de la Dra. Camila Herrera, para aportar al conocimiento que se tiene sobre el origen del Derecho en Colombia.

Justifico la realización del presente artículo, en cuanto trabaja un tema poco desarrollado, como lo es el origen del Derecho Colombiano, y en la medida que nosotros sepamos de ello, entenderemos a las instituciones actuales, por qué actúan de esta forma y no de la otra, si han habido avances desde los orígenes hasta hoy, en temas como los Derechos indígenas. En síntesis, permite enseñar y dar un punto de reflexión al lector sobre algo desconocido, pero interesante.

Siguiendo pautas históricas, se decidió organizar el texto de la siguiente manera: Primero, empezar con el Derecho desarrollado por Alfonso el Sabio, ya que se encuentra ubicado en la edad media; Segundo, con el Derecho indígena, que fue el vigente a la época de la conquista; Tercero: el derecho Romano enseñado en los tiempos de la Colonia, en las facultades de Derecho de ese entonces y finalmente los Derechos Humanos, de amplio desarrollo durante la época de independencia.

1. ASPECTOS GENERALES

Todos los países deben tener un sistema de regulación de la conducta de las personas que se encuentran sometidas a su soberanía, todo con el fin de coordinar la convivencia social y garantizar la seguridad a tales personas. Aquel sistema llamado Derecho, muchas veces lo pasamos por inadvertido, y sólo cuando nuestra vida ha sido afectada en nuestros derechos- Valga la redundancia- nos acordamos de su existencia. Nosotros como Juristas - ¿debemos solo atenernos al literal de la ley? O ¿Hay algo más que complemente nuestro saber que no sea sólo las fuentes del Derecho?

Se nos ha enseñado de manera tradicional que las fuentes son la Ley, la Doctrina, la Jurisprudencia, la Costumbre y el Contrato. En Colombia estas fuentes provienen de países como Chile y Francia. El primero, con la influencia del Código de Andrés Bello y el segundo con el aporte del Derecho Administrativo, desarrollado por los fallos Blanco y Cadot; la creación del Consejo de Estado, etc… pero olvidamos o no nos han enseñado, que hay más fuentes del Derecho, inexploradas pero muy nuestras. Ejemplos de ello son los Derechos Indiano y Romano, implementados por los españoles y el Derecho internacional moderno, que sentó las bases actuales, gracias al descubrimiento de América.

Este escrito, como resultado de un trabajo de investigación de clase, tiene por objeto preguntar y encontrar la respuesta sobre algo que ha sido dejado de lado por las facultades de Derecho- a juzgar por los programas de varias facultades- y es: ¿cómo empezó a regir el Derecho que hoy conocemos, el de los códigos y las diversas sentencias?, ¿Quiénes lo impusieron? Por medio de la consulta histórica retrospectiva, respuestas para el presente y encontrar como diría Santo Tomás, esa "Causa eficiente" [1] del sistema jurídico Colombiano.

2. LAS SIETE PARTIDAS DE ALFONSO EL SABIO

Fue la recopilación más importante después de Justiniano en occidente. Alfonso X, creó el fuero real y las siete partidas. Para realizar lo anterior, trajo a todos los sabios de España, aprovechando la pluralidad étnica, para así crear un Derecho incluyente y de paso una unificación lingüística del idioma castellano. Tomó el Derecho Romano vigente y lo unificó con las culturas existentes en la España Medieval. Pero para enfocar el texto al ámbito nacional, se le dará más desarrollo a los textos en los que ha ejercido su influencia, como lo son los Derechos de Indias y la enseñanza del Derecho Romano en Colombia.

El afán de integración en las diversas culturas, de hacer del Reino de España un lugar más técnico, más de estado y menos de batalla, hizo que se le reconociera el título de "Sabio", no solo por el desarrollo jurídico, basado en Justiniano, sino por su aporte a la ciencia.La composición de las partidas son las siguientes[2]

Primera Partida: se refiere al dominio de las cosas por parte de la Iglesia Católica, así como el deber de los gobernantes de amar y enseñarlo a Dios.

Segunda Partida: Lo que deben hacer los Reyes para que valgan más, tanto ellos mismos, como los demás y sus terrenos. Podemos decir que son las primeras nociones de Estado y soberanía.

Tercera Partida: habla sobre la justicia y lo que deben hacer unos y otros en sus relaciones con los demás.

Cuarta Partida: sienta las bases de Derecho de familia, como lo son las relaciones conyugales, filiales y la segunda parte, configura derecho Laboral, en cuanto regula las relaciones con los vasallos.

Quinta Partida: empréstitos y conflictos que pueden surgir en los hombres, así como la forma de solucionarlos.

Sexta Partida: Derecho Sucesoral.

Séptima partida: acusaciones, males y actuaciones incorrectas de los hombres, es decir el Derecho penal de la época.

Lo anterior da a Conocer que la influencia de Alfonso el Sabio es significativa, ya que sentó las bases del Derecho en diversas áreas y está socialmente más relacionada con nosotros, por tener elementos en común como lo son la multiculturalidad étnica y esa influencia por parte de los conquistadores.

3. DERECHO INDÍGENA

Está altamente relacionado con el Derecho de la colonia, ya que este inspiró el Derecho de Indias. El Derecho en la época de la conquista y años posteriores a esta, tuvo su desarrollo en tres ejes: Primero, el código de Nemequeme, establecido por el Cacique que lleva el mismo nombre, Segundo el Cacique Don Diego de Torres y Moyachoque Cacique de Turmequé con sus memorial de agravios ante el Rey de España y Finalmente Simón Bolívar con la expedición del Decreto de 1820.

3.1 Cacique Nemequeme

Tal como lo dice Enrique Sánchez Gutiérrez, "*fue un gobernante del zipazgo de los muisca de Bacatá. Gobernó entre 1490 y 1514 y fue sustituido por Tisquesusa*"[3]. En síntesis fue un líder indígena que gobernó en el altiplano Cundiboyacense, destacándose en el área las ciudades de Hunza y Zipaquirá. Estableció una serie de medidas tendientes a controlar la vida de su sociedad, con prácticas acorde a la cultura indígena como lo fueron:

3.1.1 Sanciones

Medidas punitivas de la época consistentes de acuerdo su hecho o gravedad como lo son:

3.1.1.1 Con relación de la naturaleza

Como lo es en caso de incesto:
"Tapar al que incurrió en la falla en la tierra con sabandijas y agua para que si el fuego de la lascivia los había obligado a romper los grados del parentesco, se les apagase el incendio con la frialdad del agua y la tierra, y con la losa quedasen sepultados los nombres y memorias de sujetos tan malos"[4]

3.1.1.2 De carácter Moral

En este caso, la infidelidad por parte del esposo, mediante la observación obligada de infidelidad hacia su esposa por parte de dos hombres solteros, hacían de esta medida una de las más crueles junto con vestir a los guerreros cobardes de mujer".

3.1.1.3 Con componente de violencia física

Valga hacer la aclaración que no es de la naturaleza de las culturas indígenas ser salvaje, sino que ha sido un rasgo usado para sancionar las faltas cometidas. Un ejemplo de ello es pegarle con púas a los ladrones.

3.1.2 De la administración del cacicazgo

El cacique Nemequene estableció unos lineamientos de "Administración Pública", con Beneficios para los "Servidores Políticos" al dar ciertos privilegios a la clase política de las tribus, ya que tenían la facultad de ser cargados en hombros por servidores, además daban protecciones a ciertas personas, por medio de las autorizaciones a ponerse aretes, joyas y vestidos, medidas que vemos hoy día con beneficios extralegales de los servidores públicos sobre empleados de la empresa privada.

También de manera avanzada, sentaron las bases de Hacienda pública, al apropiarse de las tierras de personas sin herederos, elemento que se mantiene actualmente.

Definieron la graduación de las penas, ya que si un guerrero se escapaba de la guerra antes que el capitán, era asesinado, pero había sanciones menos severas como cortarle el pelo.

Definieron la jurisdicción, ya que buscaba agotar las instancias previas, antes de llegar al Cacique, cosa que actualmente no se sabe, debido a que nos han hecho creer que la suprema autoridad radicaba en España, cuando las autoridades indígenas, han demostrado que no es así.

3.1.3 Responsabilidad

Sentaron las bases de la responsabilidad en cuanto a compensación de los daños de una mujer que muere dando a luz, generando indemnización a la familia de ella.

El Derecho indígena fue complementado con la carta de Protesta del Cacique de Turmequé al Rey Felipe II de España, al cual le comentó los abusos de los que estaban siendo víctimas los Indígenas por parte de los Españoles, respecto a:

1. La imposición de la fe: Esta era de modo indebido, ya que reconoció el Cacique que la Corona debía Evangelizar, pero no de modo desordenado ni con falta de afecto hacia los indios.

2. El engaño que sufrían respecto al cobro de los impuestos: ya que se cobraban tasas altas a indígenas que no tenían la capacidad de pago que exigían

3. Los impuestos eran cobrados en los territorios de propiedad de los indígenas: pero los españoles aprovechándose de las condiciones de ellos, los sacaban, quedándose así con las mejores tierras y dejando a los indígenas sin medios de producción ni de pago de impuesto.

4. La esclavitud en la que vivían las Mujeres indígenas: en las casas de los encomenderos de indios, hacían los oficios que las esposas de estos le asignaran, en unas condiciones precarias, ya que no podían ver la luz del sol, trabajaban excesivamente y muchas habían sido raptadas de sus casas.

5. La incapacidad de crianza de los hijos de las indígenas: debido a que eran raptadas y obligadas a criar a los hijos de los españoles, criándose los niños indígenas solos y sin bautismo.

Estas manifestaciones del Cacique Diego Torres de Moyachoque, sentaron bases humanistas, más específicamente Políticas por el querer del bien común, Jurídicas por darle desarrollo a los Derechos Humanos y sociológicas por la identidad que se tiene hacia la comunidad. Aquí en este caso, se integra el Derecho español, en cuanto esta regulación, decidía sobre los indígenas y el Rey de España, era la autoridad competente de la época.

Finalmente, Simón Bolívar, dicta el decreto de 20 de Mayo de 1820 en el cual define normas para restablecer los Derechos a los Indígenas y fomentar su progreso económico y educación.[5]

4. DERECHO ROMANO EN COLOMBIA

Destacamos esta etapa del desarrollo jurídico en Colombia, ya que el orden Histórico así lo muestra. Para empezar, es necesario contextualizar que la tradición jurídica que conocemos de Roma, tuvo su posterior desarrollo en la Escuela de Bolonia o también conocida como "*Iuscomune*" en la cual los juristas de la época, estudiaban el *Corpus Iuris Civile*, compuesto por el digesto y las institutas, además de asesorar a los comerciantes de la época, en los conceptos y disputas que se hubieran de necesitar. El derecho estudiado en las Universidades de la época, en especial Paris y Bolonia, fue estructurado de manera tan homogénea que se convirtió en un Derecho Global, es decir, podría tener cabida en Constantinopla, Roma o París. Posteriormente se estudió el Derecho Canónico y el Comercial.

En el artículo "Del Derecho Romano a las tradiciones jurídicas" de Federico Escobar Córdoba, se hace referencia a la incursión del Derecho Romano en Colombia y a las escuelas de Derecho, siendo este el objeto de estudio principal, ya que por evidentes razones, el Derecho Romano no se encuentra regulado de manera taxativa en nuestra legislación. El autor se refiere a 2 etapas de la historia Colombiana: a) la etapa Colonial y Republicana b) siglos XVII a XIX.

Sobre el primer periodo, citando al libro *Huestes de Estado,* de Julio Gaitán, el autor comenta que:

> "*El derecho real y luego el republicano opacaron gradualmente el protagonismo del derecho romano en las universidades locales. La Corona auspició el proceso porque le Preocupaba la ignorancia que del derecho real mostraban los*

juristas educados en el continente americano y porque buscaba menguar la influencia de normas que evocaban la autoridad suprema del Papa. [6]

En Consecuencia, la Corona quiso imponer el derecho real. Este desplazamiento, Dice Gaitán, se produjo más como tendencia discursiva de refuerzo del poder Real sobre los poderes estamentales que como desuso del derecho romano, Pues sólo muy paulatinamente el derecho real iría tomando lugar de Preferencia frente al romano como corpus jurídico objeto de enseñanza formal."[7]

El prestigio del derecho romano fue un obstáculo para el proyecto, pues los estudiantes percibían las normas reales como un conjunto Contingente y desarticulado que debía aprenderse en la práctica El resultado fue un proyecto de asimilación del derecho romano, conduciéndolo Hacia el derecho local Así, tanto España como la naciente república crearon un cuerpo de conocimientos híbrido, encarnado en un curso llamado derecho civil romano comparado con el patrio. Esta conciliación entre los deseos estatales y las apreciaciones arraigadas de los juristas muestran La alta consideración que se guardaba por el derecho romano. De hecho, como lo Señala Gaitán, a este derecho uno solo hasta el siglo XVIII sino mucho después Siguió considerándosele como el derecho por excelencia[8]

Sobre la segunda época definida en el artículo, El autor Cita a Mónica Cortés con su libro *la enseñanza del Derecho Romano en Colombia.* Sobre el libro afirma:[9]

"El derecho romano ocupó un lugar privilegiado en la carrera de Jurisprudencia; normalmente dedicaban los primeros dos años al aprendizaje de las Instituciones de Justiniano. Cortés comenta, sobre la parte media del siglo XVII, que el contenido del derecho civil de esta etapa colonial es esencial y naturalmente Derecho Romano. Aún en un momento de fervor Revolucionario como lo fue la primera década del siglo XIX, dice Cortés que más estudiantes aspirantes al título de abogado se seguían formando en el ámbito del derecho justinianeo, y en concreto con el estudio de la Instituta.

El panorama cambió con la reforma de 1826, que buscó, por ejemplo, ubicar el derecho romano fuertemente en su contexto histórico. Cortés concluye que en todos los planes de estudio, se incluyó, con variadas concepciones y por diversas razones en cada Época, el Derecho romano, a veces como Derecho civil, otras como Derecho romano, otras como Historia del derecho civil romano y sus instituciones".

5. LOS DERECHOS HUMANOS

Los Derechos Humanos en Colombia, son una mezcla de Derecho Indígena, Derecho Romano, Derecho Canónico, Derecho Español, Revolución Francesa y corrientes centralistas. Cada uno de los anteriores Derechos, ha tenido su lugar en la historia, hasta configurarse de manera concreta en el territorio nacional con la expedición de la carta de 1991 y su conexo bloque de constitucionalidad, resultado histórico de las anteriores influencias.

Para contextualizar lo anterior, hacemos referencia al libro: "NUESTROS DERECHOS HUMANOS COMO COLOMBIANOS de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, el cual desarrolla los siguientes aspectos: Conquista, Indígenas, afrocolombianos, Independencia, Derechos del Hombre y del ciudadano y finalmente la constitución de 1811.

Respecto al primer ítem, desde los tiempos de la conquista, se protegió a los indígenas, gracias a los Esfuerzos de Fray Bartoloméde las casas, -quien por cierto fue español-, para evitar la esclavización de los indios. Lo anterior fue plasmado en las leyes de indias de 1542 en un aspecto denominado "Fuero Indígena", que desarrolló protecciones a las tierras y a su autonomía.

Más adelante fue establecida la libertad para la comunidad afrocolombiana todavía esclavizada. Este desarrollo, sumado con el de los indígenas, sentaron las bases para el desarrollo de participación de comunidades en la nación con elementos que se mantienen hoy día como lo son la consulta previa y para la regulación de tierras, con protección especial si pertenecen a aquellas comunidades (Ver comunidades negras y resguardos indígenas)

Posteriormente en la época de independencia. (Siglo XIX) el autor afirma que " *se fueron acuñando los antecedentes más directos de nuestra relación legal con el Derecho de Gentes, el Derecho Internacional Humanitario, y los mismos Derechos Humanos."*[10] Difiero del anterior postulado, en cuanto el Derecho de Gentes, tiene una tradición Romana- Civilista y el Derecho Internacional Humanitario en cuanto fue desarrollada en la época de Fray Bartolomé junto con sus contemporáneos como Francisco de Vittoria o Hugo Grocio.

Puede verse en la Declaración de los Derechos del Hombre y el ciudadano, de finales del siglo XVIII, traducida por Don Antonio Nariño las bases del Derecho Constitucional principalmente y posteriormente su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte.

La Consejería continúa con su trabajo y señala aspectos jurídicos de la guerra de independencia que generalmente no se conocen, como lo son que en la época, se firmaron pactos de importante trascendencia jurídica y política.

En la Guerra de Independencia, Bolívar y Morillo firmaron un tratado de "Regularización de la guerra" (Trujillo, 1820), antecedente directo de la vigencia del Derecho de Gentes en nuestra legislación. En la guerra civil de 1860, Mosquera y los delegados del gobierno conservador firmaron la conocida "Esponsión (o promesa de tratado) de Manizales", que incluyó la disposición de los contendientes a respetar el Derecho de Gentes en la guerra; la Constitución de 1863 incorporó este Derecho de modo definitivo en la legislación nacional, definiendo explícitamente que sus disposiciones rigieran en las guerras civiles, y que éstas pudieran terminar por medio de tratados. Y finalmente, para no citar sino algunos de estos antecedentes, el Código militar de 1881 incluyó un capítulo titulado "Reglas que Deben Observar los Jefes de Operaciones Militares", dictadas según el Derecho de Gentes

De otra parte, la Constitución de 1811 o de Independencia abolió Las tortures y reconoció la garantía del debido proceso; la Constitución de la Gran Colombia creó en 1830 la Procuraduría General de la Nación; Las constituciones de 1851 y 1863 abolieron la esclavitud y la pena de muerte; y las reformas constitucionales de 1936 y 1957 reconocieron respectivamente el derecho a la asociación sindical, la función social de Los derechos individuales y el sufragio universal (8), para citar apenas algunos de Los avances que se fueron dando en nuestra legislación.

6. REFLEXIÓN CRÍTICA

Una vez analizadas las anteriores fuentes resaltadas, agrupadas las principales ramas del Derecho (Civil con las institutas de Justiniano, Público con el Derecho indígena, los Derechos humanos y los acontecimientos históricos que crearon líneas de pensamiento y por ende líneas de enseñanza) procedemos a analizar: 1. ¿Por qué no han sido difundidas? 2. ¿de qué nos sirve saber las anteriores ramas?

Para dar respuesta a la primera pregunta, se puede decir que las facultades, atendiendo a las necesidades de cada tiempo, enfocan su enseñanza a la realidad social-histórica, para que los estudiantes puedan resolver los problemas y puedan ejercer lo que han aprendido. Pero ¿acaso la enseñanza de la historia en el sentido del pasado, no es un fundamento suficiente para entender lo que está aconteciendo? ¿No puede ésta enseñar las soluciones en casos similares? ¿No puede definir parámetros de coherencia hacia futuro?, es decir, que si sabemos la ley pasada y su historia, podemos seguir los mismos lineamientos –no con eso repitiendo la historia-sino tratar de marchar en el mismo camino, de forma segura, que no esté a la merced de las autoridades de turno, que se tenga coherencia en las actuaciones.

Respecto al ítem de la finalidad, podemos asegurar que es útil conocer sobre las fuentes comentadas para entender por qué las autoridades juzgan, gobiernan y legislan de una forma u otra. "Por ejemplo, en la actualidad se da mucha importancia a las iniciativas extranjeras, práctica muy arraigada de nuestros ascendientes indígenas, que veían en el extranjero esas personas con cierto "manto" de sobrenatural, debido a las cosas extrañas que traían como Azúcar, animales o espejos, o es el caso también de la popular costumbre de que estudiar Derecho es "Aprenderse todo de memoria" traída de la práctica de aprenderse las Institutas de Justiniano.

Además es aconsejable saber de la historia, no tanto de países Europeos, sino de los desarrollos locales, para que ese conocimiento, nos permita hacer un balance de lo que hemos avanzado en Derechos. Aunque han pasado muchos años, hay cosas que no han cambiado en la sociedad, como lo es el poco reconocimiento a los derechos a las minorías étnicas, como en la época de Bolívar y una muestra de ello es comparar el Decreto de 1820, con la inclusión de Derechos participativos y proteccionistas a los indígenas en la Asamblea Nacional Constituyente y vemos que en 200 años, ha habido poco o nulo avance con las comunidades, elemento preocupante porque son los habitantes fundadores de este territorio y porque son parte de nuestra cultura, de nuestra identidad.

Para Finalizar, se puede afirmar que ha habido una confusión en cuanto a la enseñanza de las fuentes históricas del Derecho en Colombia, porque se tiene en cuenta solo al sistema romano germánico como la raíz de Derecho y Francia, aunque cierto, tampoco se debe desconocer la importante influencia de España en nuestro ordenamiento jurídico, no solo por cuestiones históricas, sino jurídicas también.

BIBLIOGRAFÍA

AQUINENSE. "Análisis de la causa eficiente", 2010, en http://aquinense.blogspot.com/2010/03/comunmente-la-conocemos-como-agente.html, fecha de consulta: 04 de Diciembre de 2012

CONSEJERÍA PRESIDENCIAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS."Nuestros derechos humanos como colombianos .Proyecto de conciliación de la Defensa, Protección y Promoción de los Derechos Humanos en el Ámbito Local." Capítulo: ¿Cuál ha sido el proceso de conformación de los Derechos Humanos en Colombia?, en: http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/sociologia/derhuma/dprese.htm, fecha de consulta: 04 de septiembre de 2012

Enrique SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, Hernán MOLINA ECHEVERRY. " Documentos para la historia del movimiento indígena contemporáneo". En Enrique SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, Hernán MOLINA ECHEVERRY (Compiladores) Anexos, Ministerio de Cultura de Colombia, 2010, en: http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89026/01-Documentos-para-la-historia-del-movimiento-indigena-colombiano-contemporaneoedit1.pdf, fecha de consulta: 04 de septiembre de 2012. Págs. 387-397

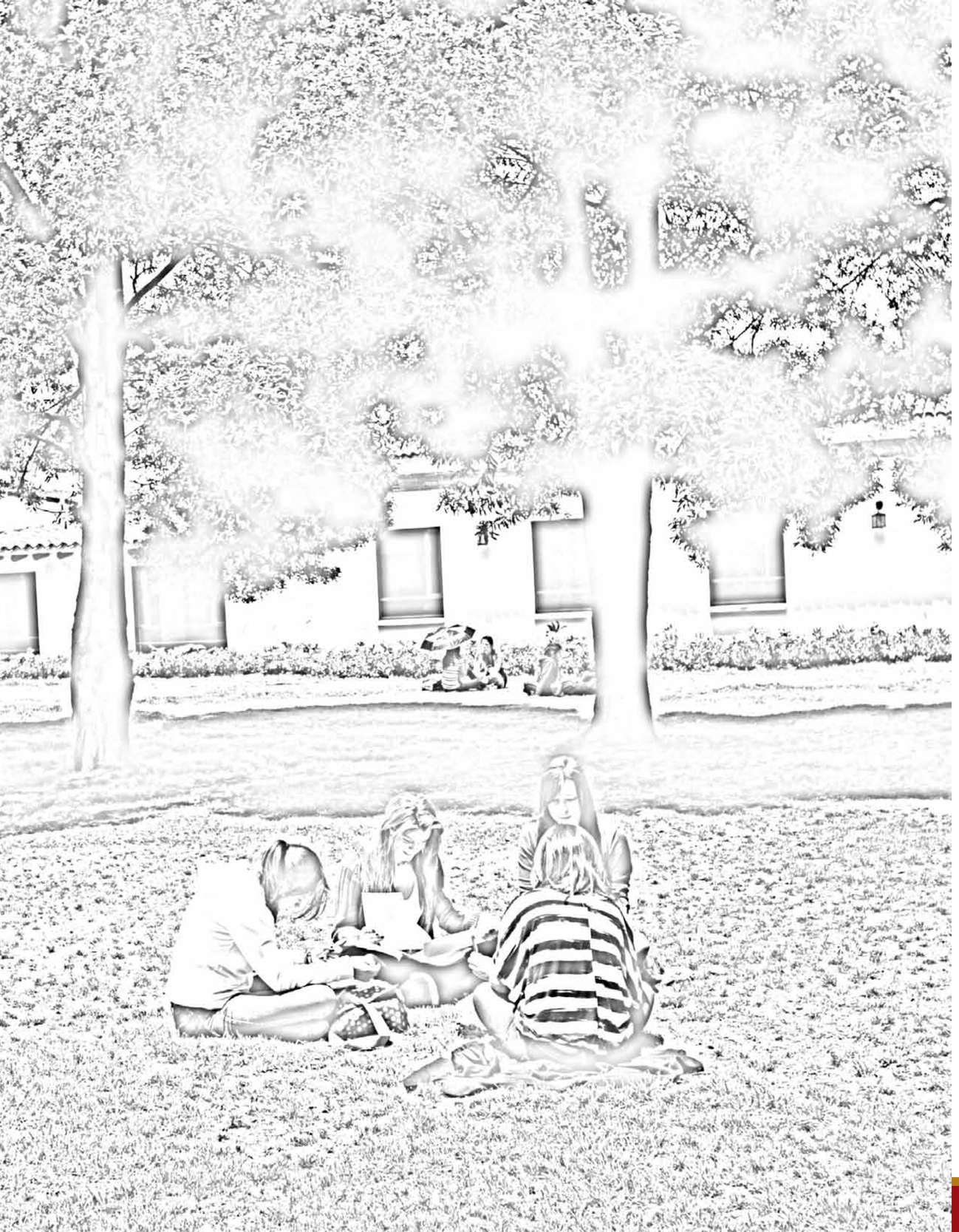
Federico ESCOBAR CÓRDOBA, "Del Derecho Romano a las tradiciones jurídicas". Revista Criterio Jurídico, Universidad Javeriana de Cali 7 (2007), en: http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/01_7_fescobar_derecho_romano.pdf, fecha de consulta: 4 de Septiembre de 2012. Págs. 7 a 32.

PENSAMIENTOPENAL.COM.AR, "Las siete partidas de Alfonso X el Sabio, 2008, en http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf. Fecha de consulta: 04 de septiembre de 2012.

Notas

*Estudiante de octavo semestre de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Contacto: diana.sanchez13@unisabana.edu.co

1. Entiéndase por Causa Eficiente como el origen de algo, lo que aparece para dar inicio a las demás cosas, en este caso, el origen del actual sistema jurídico Colombiano. La anterior idea fue planteada inicialmente por Aristóteles y complementada por Santo Tomás. Para mayor ampliación del tema, puede verse en: Blog AQUINENSE. "Análisis de la causa eficiente", 2010, en
2. http://aquinense.blogspot.com/2010/03/comunmente-la-conocemos-como-agente.html, fecha de consulta: 04 de Diciembre de 2012
3. PENSAMIENTOPENAL.COM.AR, "Las siete partidas de Alfonso X el Sabio, 2008, en http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf. Fecha de consulta: 04 de septiembre de 2012
4. Enrique SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, Hernán MOLINA ECHEVERRY." Documentos para la historia del movimiento indígena contemporáneo". En Enrique SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, Hernán MOLINA ECHEVERRY (Compiladores) Anexos, Págs. 387-397, Ministerio de Cultura de Colombia, 2010, en: http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89026/01-Documentos-para-la-historia-del-movimiento-indigena-colombiano-contemporaneoedit1.pdf, fecha de consulta: 04 de septiembre de 2012.
5. Ibíd. SÁNCHEZ GUTIÉRREZ Et al .
6. Ibídem. SÁNCHEZ GUTIÉRREZ Et al.
7. Federico ESCOBAR CÓRDOBA, "Del Derecho Romano a las tradiciones jurídicas". Revista Criterio Jurídico, Universidad Javeriana de Cali 7 (2007), p. 21. en: http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/01_7_fescobar_derecho_romano.pdf, fecha de consulta: 4 de Septiembre de 2012.
8. Julio GAITÁN BOHÓRQUEZ, "Huestes de Estado: La formación universitaria de los juristas en los comienzos del Estado colombiano", Universidad del Rosario, Bogotá, 2002. Citado por ESCOBAR CÓRDOBA. Ibid.
9. Ibíd. Pág. 21.
10. Ibíd. Pág. 20.
11. CONSEJERÍA PRESIDENCIAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS. " Nuestros derechos humanos como colombianos .Proyecto de conciliación de la Defensa, Protección y Promoción de los Derechos Humanos en el Ámbito Local." Capítulo : ¿Cuál ha sido el proceso de conformación de los Derechos Humanos en Colombia?. en: http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/sociologia/derhuma/dprese.htm, fecha de consulta: 04 de septiembre de 2012



Entrevista

Anécdotas y reflexiones del Dr. Gabriel Mora Restrepo, fundador de la Revista de estudiantes DISSÊRTUM

Sandra Milena Cortés Jiménez
y Julián David Ruiz Rondan.

El Dr. Gabriel Mora Restrepo, Profesor de planta de nuestra Facultad, es el fundador y primer director de esta Revista de Estudiantes. Como preámbulo a la celebración de los 20 años de fundación de DISSÊRTUM, presentamos a continuación una entrevista que él, muy amablemente, nos concedió.

1. Doctor Mora, ¿qué semestre cursaba cuando decidió fundar la Revista de estudiantes DISSÊRTUM?

Estaba terminando mi carrera. Séptimo semestre.

2. Al leer la editorial que escribió usted en el primer número de la Revista, resalta el siguiente fragmento:

"Los estudiantes universitarios, y más aún, los estudiantes de Derecho, no podemos estar ajenos a la realidad de un país que se destroza, que calla ante los delincuentes, que sucumbe ante la mediocridad de unos gobernantes y legisladores de papel, afanosos por el invento de leyes artificiales que repugnan con el modo de ser de la República. No podemos callar ante las decisiones incoherentes de Tri-

bunales de Justicia, y menos cuando buscan arbitrariamente desconocer derechos fundamentales de los colombianos, o cuando, con su arrogante y despótico ímpetu, pretenden destruir el orden moral y religioso que nos pertenece".

a. ¿Este fragmento es el que mejor describe cuál fue la razón para iniciar con este proyecto?

Sí y no. Académica e intelectualmente sí: nosotros éramos una generación de estudiantes muy inquieta, acabábamos de pasar por la constituyente. En el país se empezaba a ver un nuevo derecho, frente al cual teníamos muchas esperanzas, pero también veíamos los primeros signos de peligro; y estos primeros signos se toman particularmente en algunas sentencias, principalmente de la Corte Constitucional, en las que se comienza a vislumbrar un peligro muy fuerte de parte de los jueces constitucionales, en la medida en que iban a confeccionar nuevo derecho según sus ideologías. Pero, por otro lado, nosotros queríamos también ir más allá de este particular problema: queríamos recoger las inquietudes de muchos jóvenes que querían hacer algo por su país; entonces lo que hicimos fue canalizar inquietudes de muchos estudiantes que querían expresarse, que querían escribir. Eso me parece que fue lo relevante: inquietud del estudiantado y la necesidad de dialogar por los problemas de Colombia.

b. ¿Considera que luego de casi 20 años de haber fundado la Revista siguen siendo vigentes sus palabras? ¿Por qué?

Hoy en día decimos: "teníamos toda la razón", nuestras inquietudes del momento nos dieron la razón 20 años después: efectivamente el inmenso poder de la Corte Constitucional, incluso de esos primeros fallos, construyó una legítima preocupación nuestra.

c. ¿Y en el futuro?, ¿seguirán vigentes sus palabras?

Yo creo que por muy buena época sí. 20 años después llegamos a unas conclusiones:

1. Esas palabras pudieron haber sido proféticas,

2. Los problemas se han ahondado en muy buena medida y en esos mismos términos: se tomaron el país esas nuevas ideologías, esa nueva moral. Hay un irrespeto a bienes humanos adquiridos, hay un replanteamiento de derechos fundamentales en algunos casos muy positivos, pero en otros muy negativos. Hoy con mayor razón creo yo que está vigente este párrafo.

3. ¿Qué otros estudiantes se unieron a usted para iniciar este proyecto? ¿Se hizo alguna convocatoria para conformar el equipo de trabajo?

La propuesta fue mía. Yo quería que el estudiante de Derecho se preocupara por los problemas de su país, de su nuevo derecho. Sabía que nosotros debíamos tener una voz y una participación activa y se lo comenté a 3 o 4 compañeros y todos estuvieron completamente de acuerdo. A los primeros que les comenté fueron César Useche, Manuel Arizmendi, Javier Agón y Carolina Posada. Empezamos los cinco y luego fueron apareciendo los demás que a lo largo de los años fueron conformando el Consejo Editorial y los cargos de dirección de la revista.

4. A la fecha, ¿Se sigue hablando con alguno de los miembros del primer Consejo Editorial? ¿Sabe a qué se dedican actualmente?

Sí, con Manuel Arizmendi y Carolina Posada. Manuel es profesor de otra universidad, hizo su maestría en Cartagena, él es cartagenero; Carolina Posada es una brillante abogada de una prestigiosa firma de abogados en Bogotá. Con nadie más.

5. ¿Cuál fue el rol de la Comisión de Facultad dentro del proyecto de fundación de la Revista DISSÊRTUM? ¿Algún profesor coordinaba la labor de los estudiantes que participaban?

Claro, además de que los estudiantes pudiesen escribir, la revista se fundó con otra intención: buscar apoyo de un profesor en todas las ediciones, porque sabíamos que esto es una comunidad académica que la hacen estudiantes y profesores y por eso en todas las ediciones siempre hay un artículo central de un profesor. Eso fue lo que nos permitió tener una muy buena acogida por parte de las directivas de la facultad y por parte de los profesores: era muy importante ver a los profesores que se ofrecían para escribir artículos.

6. ¿Cuál fue la mayor dificultad en todo el proceso?

Nosotros queríamos tener una revista impresa, a color y en papel mate de 90 gramos. Eso es costosísimo. La verdadera dificultad de toda la revista fue el dinero; tanto así que la quinta o sexta edición se quedó en el computador y no la pudieron volver a imprimir. Yo pensé que sacar una revista impresa iba a ser sencillo, en el sentido de que las empresas nos iban a ayudar… y algunas lo hicieron, pero a las empresas no les gusta pautar en una revista universitaria. Este fue el verdadero dolor de cabeza de la revista.

7. Los estudiantes que no participaron en la Revista, ¿cómo recibieron ese primer número?

Muy bien. Organizamos unas ventas, el precio era muy barato. Recuerdo que la primera edición se vendió absolutamente toda: la mayoría entre los estudiantes de la Facultad. Recibíamos muchas sugerencias, muchos artículos, la gente quería participar, ampliar la revista a otros ámbitos. ¡Fue muy bien recibida!

8. ¿Puede, por favor, compartir con nosotros alguna anécdota vivida en los primeros años de la Revista?

Hubo dos anécdotas que aún hoy conservo con agrado en mi memoria.

Recuerdo que en una edición una profesora nos dijo: "yo quiero que Javier Hervada les escriba un artículo solo para ustedes"… y, de hecho, lo conseguimos, lo cual fue un lujo para nosotros, por la inconmensurable importancia que representa en el mundo jurídico y en la teoría del derecho.

La segunda anécdota fue una experiencia realmente linda: la última entrevista que concede en su vida el ex presidente Carlos Lleras Restrepo fue a DISSÊRTUM. Poco antes de morir el ex presidente Lleras, el entonces rector Octavio Arizmendi, quien había sido el ministro de educación en su gobierno, nos llama un día y nos dice: "el ex presidente está muy viejo, yo quiero llevar a unos estudiantes para que hablen con él… y pensé en ustedes los de DISSÊRTUM para que le hagan una entrevista; para que tengan un diálogo ameno con él". Entonces, en una visita de él a nuestra universidad, tuvimos la entrevista y a los dos meses se murió. Para nosotros esta experiencia fue muy valiosa… esta entrevista fue publicada en nuestra tercera edición.

9. ¿Qué aspectos considera usted que debemos tener en cuenta los estudiantes que hoy participamos en la Revista para garantizar que este sea un medio de "expresión de lo justo" –como se subtituló la Revista- en que los demás

estudiantes de la Facultad encuentren un verdadero espacio de participación?

Yo les daría cuatro consejos:

1. Yo creo que un éxito rotundo para una publicación de estudiantes es darles la posibilidad de una mayor libertad a los estudiantes en la manera como quieren expresar sus ideas: con un buen trabajo, pero sin tantas reglas de edición.
2. Solicitar apoyos de los estudiantes de trabajos cortos: el trabajo corto es un trabajo más accesible para el propio estudiante.
3. Tratar de proponer temáticas: las temáticas son importantes para que los estudiantes se enfoquen y no se dispersen.
4. Tratar de vincular al profesorado: si el profesorado los apoya a ustedes, permitiendo que los mejores trabajos de sus clases tengan como premio la publicación y además una nota, eso opera como incentivo para que la gente se anime y publique.

10. ¿Por qué razón profesores y estudiantes deben consultar la Revista?

Por su calidad de trabajo. Porque existan trabajos que aporten en la formación del criterio jurídico. Es importante tener también un profesor invitado para las ediciones, fíjese: en la asignatura Teoría del Derecho una de las lecturas obligatorias es sobre la igualdad, lectura que está en DISSÊRTUM. Cuando usted encuentra a un profesor que publique un artículo sencillo y breve, es seguro que será consultado seguidamente.

También, porque es un medio idóneo de expresión. Porque la revista es un medio para que los estudiantes tengan su primera ventana de expresión de sus ideas; yo me formé escribiendo y publicando en revistas universitarias… eso me parece muy valioso: más allá de la consulta. Es importante ver a la revista como una escuela de formación para los estudiantes.

11. Se hace evidente que usted siempre ha escrito muy bien y que en sus publicaciones ha logrado transmitir de manera contundente y clara sus ideas: ¿Cuál es el secreto?

Pues es que yo estoy escribiendo desde que estaba en el colegio, yo hacía todos los discursos, poesías… entonces yo me fui formando mucho en ese ambiente de redacción. Cuando yo entré a la universidad, yo empecé a publicar en revistas universitarias en otras universidades… cuando empecé con DISSÊRTUM, desde luego, ya tenía algo de escuela que me formó mucho.

12. ¿Los estudiantes actuales tienen ventajas o desventajas en materia de investigación?

Tienen mayores accesos a las fuentes de la información. Entonces, al estudiante le queda más fácil investigar, pero por otro lado tiene más dispersión y menos concentración. Nosotros no, cuando nosotros estábamos en la universidad no había internet, entonces nuestra vida no giraba en torno a un computador, sino en torno a libros.

Luego, por un lado tiene una gran ventaja por el gran acceso a la información, pero por otro lado pierden ese contacto con el libro y ese fenómeno de la distracción es muy común en el mundo académico.

13. Dr. Mora, sin duda, usted es uno de los docentes más admirados por los estudiantes del programa de Derecho de nuestra Universidad. Le pido por favor un consejo para las nuevas generaciones de juristas.

Mi consejo siempre va a ser que sepan distinguir entre ser abogado y ser jurista… y que aspiren a ser esto último: ¡Ser jurista!, que su mayor preocupación siempre esté en alcanzar los grandes ideales de nuestra profesión, que siempre miren que el derecho tiene principios y valores que deben hacerse respetar. Una formación en prudencia y en criterios morales los debe orientar para construir un mejor país y sobre todo para ayudar a reconstruir una profesión como la nuestra, que desafortunadamente está tan desprestigiada. Es recuperar el talante moral del oficio de ser jurista, dar un paso más allá de la ley, siempre en busca del derecho en la defensa de la dignidad humana. Que defiendan la dignidad humana por encima de las modas pasajeras y de las ideologías.

Muchas gracias por compartir este espacio con nosotros. Quienes hemos tenido el honor de ser sus estudiantes, hemos encontrado en usted un jurista que va mucho más allá de conocer el tecnicismo propio de la ciencia jurídica. Usted prefiere, antes que nada, la expresión de la realidad del orden jurídico; la defensa de la persona humana, frente a las decisiones judiciales arbitrarias y carentes de una argumentación convincente que se profieren en las altas cortes, sin temor de lo que las "teorías imperantes" sostenidas por otros distinguidos estudiosos señalen. Gracias.

Universidad de
La Sabana