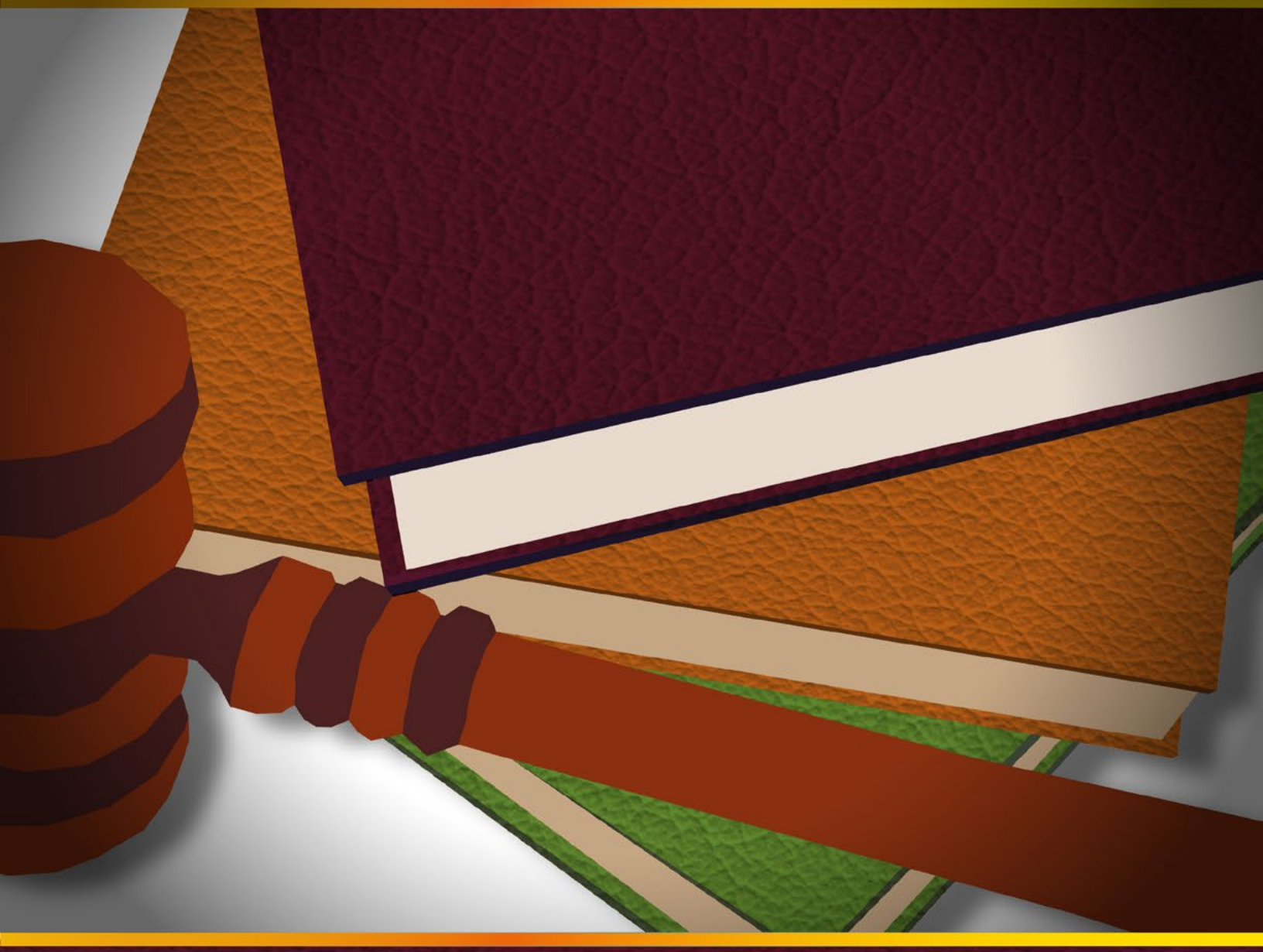
Nuevas Perspectivas de la Investigación Jurídica y Sociojurídica en Nariño



EDITORIAL
Institución Universitaria CESMAG

Romero Chaves, Olga Cristina (2016: Pasto, Colombia)

Nuevas perspectivas de la investigación jurídica y sociojurídica en Nariño / Olga Cristina Romero Chaves… [et al.]. -- 1 ed. -- San Juan de Pasto: Institución Universitaria Centro de Estudios Superiores María Goretti CESMAG, 2016.

183 p.: il. ; 28 cm.

Incluye Bibliografía en cada capítulo.

Libro Digital 3 Mb.

ISBN: 978-958-59300-7-0

DOI: 10.15658/CESMAG16.020700

1. INVESTIGACIÓN JURÍDICA – NARIÑO (COLOMBIA) I. Guerrero Tenganán, Rolando Víctor. II. López Dávila, Carlos Eduardo. III. Cárdenas Caycedo, Omar Alfonso. IV. Ibarra, Laura Catherine. V. Teherán Muñoz, Angie Daniela. VI. Villacorte Bastidas, Madeline Nataly. VII. Basante, María Alejandra. VIII. Betancourth, Katherine Nataly. IX. Segovia, María Camila. X. Rojas Erazo, Diana Marcela. XI. Henríquez Buesaquillo, Daissy Carolina. XII. Pulistar Suárez, Beatriz Jackeline. XIII. Morales Upegui, Holman. XIV. Caicedo Cárdenas, Anny Viviana. XV. Guerrero Benavides, Juan Ignacio. XVI. Ceballos Rosero, Franco. XVII. Chingaté H. Nathalie. XVIII. Olaya, Rolando. XIX. Arturo, Julián Esteban. XX. Tít.

CDD 340.072

20. Ed.

CEP - Institución Universitaria Centro de Estudios Superiores María Goretti CESMAG. Biblioteca Remigio Fiore Fortezza.

Nuevas Perspectivas de la Investigación Jurídica y Sociojurídica en Nariño

Nuevas perspectivas de la investigación jurídica y sociojurídica en Nariño,

Primera edición, libro por capítulos, 2016

© Institución Universitaria CESMAG, 2016

© Editorial Institución Universitaria CESMAG, 2016

Bajo el sello editorial CESMAG

Olga Cristina Romero Chaves

Rolando Víctor Guerrero Tenganan

Carlos Eduardo López Dávila

Omar Alfonso Cárdenas Caycedo

Laura Catherine Ibarra

Angie Daniela Teherán Muñoz

Madeline Nataly Villacorte Bastidas

Maria Alejandra Basante

Katherine Nataly Betancourth

María Camila Segovia

Diana Marcela Rojas Erazo

Daissy Carolina Henriquez Buesaquillo

Beatriz Jackeline Pulistar Suárez

Holman Morales Upegui

Anny Viviana Caicedo Cárdenas

Juan Ignacio Guerrero Benavides

Franco Ceballos Rosero

Nathalie Chingaté H

Rolando Olaya

Julián Esteban Arturo

Carrera 20A No.14-54, CP: 520003

Tel: +572 – 7216535 Ext. 332 - 218 - 221

E-mail: editorial@iucesmag.edu.co

Website: www.iucesmag.edu.co/editorial

San Juan de Pasto, Nariño, Colombia

Facultad de Ciencias Sociales y Humanas

Programa de Derecho

Carrera 20A 14-54, CP: 520003

Tel: +572 – 7216535 Ext. 223 - 317

E-mail: decanatura.cienciassh@iucesmag.edu.co

San Juan de Pasto, Nariño, Colombia

ISBN: 978-958-59300-7-0

DOI: 10.15658/CESMAG16.020700

Rector:

Fray Hugo Ariel Osorio Osorio, OFM, Cap.

Directora editorial:

María Eugenia Córdoba

Compiladores:

Daniela Camacho Vinueza

Andres Ezequiel Bucheli Naranjo

Edición:

Emma del Pilar Rojas Vergara

Diego Martínez Hernández

Edición digital

Hecho en Colombia

Made in Colombia

Diseño y diagramación:

Stephan Bautista Duran,

mundoether@hotmail.com

El pensamiento que se expresa en esta obra es responsabilidad exclusiva del autor y no compromete la ideología de la Institución Universitaria CESMAG.

Se permite la citación del texto nombrando la fuente.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida totalmente y en partes por ningún medio mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, digital, fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial o su autor.

Grupos de Investigación

Grupo de Investigación Derecho, Justicia y Región – DEJURE
Centro de Investigaciones y Estudios Sociojurídicos – CIESJU
Universidad de Nariño
Calle 19 22-109 Segundo Piso
Tel: +572- 7234568 ext. 101 - 104 – 3216425168
E-mail: dejure@udenar.edu.co - isabelgm99@yahoo.com
San Juan de Pasto, Nariño, Colombia

Grupo de Investigación Centro de Estudios Jurídicos Avanzados – CEJA
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Nariño
Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D
Tel: +572 – 7315438 / 7228713
E-mail: derecho@udenar.edu.co
San Juan de Pasto, Nariño, Colombia

Grupo de Investigación La Minga
Facultad de Derecho
Universidad Cooperativa de Colombia – Sede Pasto
Calle 18 47-150 Torobajo
Tel: +572- 7336706- ext 2269
E-mail: tania.bolanos@ucc.edu.co
San Juan de Pasto, Nariño, Colombia

Grupo de Investigación Derecho, Innovación y Desarrollo Social
Facultad de Ciencias Sociales y Humanas
Institución Universitaria CESMAG
Carrera 20A 14-54, Edificio Italia, Quinto piso.
Tel: +572-7216535 ext. 317 – 226
E-mail: azuleta@iucesmag.edu.co
San Juan de Pasto, Nariño, Colombia

Grupo: Modelos Pedagógicos (Anselmo Caradonna)
Facultad de educación
Institución Universitaria CESMAG
Carrera 20A 14-54, Edificio Italia, Segundo piso.
Tel: +572-7216535 ext. 265
E-mail: ocromero@iucesmag.edu.co
San Juan de Pasto, Nariño, Colombia

Pares evaluadores de Capítulos de libro

Álvaro Alfonso Patiño Yepes

Camilo Quiñonez Avendaño

Carlos Alberto Peña Orozco

Denisse Herreño Castellanos

Francisco Paz Obando

Geniferth Miranda Cadena

Héctor Eduardo Pepinosa Bravo

Heidy Diana Villota Narváez

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría

Leonel Fernando Mejía Muñoz

Lina Marcela Muñoz Ávila

Luz Elena Agudelo

Marta María Baigorri Santacruz

Martha Isabel Rosas Guevara

Zulma Lorena Izquierdo

Contenido

Pág.

PRESENTACIÓN 11

PARTE I: APORTES METODOLÓGICOS Y PEDAGÓGICOS 12

- La categorización en la investigación cualitativa: propuesta metodológica
  Cristina Romero Chaves 13
- Esquemas para el análisis teórico jurídico en contextos regionales: aproximaciones metodológicas
  Rolando Víctor Guerrero Tenganán 24
- Desarrollo de las competencias jurídicas cognitivas en un ambiente virtual de aprendizaje
  Carlos Eduardo López Dávila 42

PARTE II: DEBATES SOBRE DERECHO PRIVADO Y DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 62

- Constitucionalización de la relación sociedad – administradores: discusiones sobre la remoción
  Omar Alfonso Cárdenas Caycedo 63
- Afectación del principio de continuidad con ocasión de la desafiliación de usuarios del sistema de salud en colombia
  Laura Catherine Ibarra, Angie Daniela Teherán Muñoz y Madeline Nataly Villacorte Bastidas 84
- Exclusividad en las cotizaciones, un requisito que vulnera el principio de favorabilidad
  Maria Alejandra Basante, Katherine Nataly Betancourth y María Camila Segovia 102
- Reconocimiento de pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo: una visión al departamento de nariño
  Diana Marcela Rojas Erazo y Daissy Carolina Henriquez Buesaquillo 120

Pág.

PARTE III: NUEVAS INTERPRETACIONES DE LO COLECTIVO 134

- Protección, recuperación y conservación del patrimonio cultural: una oportunidad de progreso
  Beatriz Jackeline Pulistar Suárez, Holman Morales Upegui, Anny Viviana Caicedo Cárdenas y Juan Ignacio Guerrero Benavides 135
- Los acueductos comunitarios en colombia
  Franco Ceballos Rosero, Nathalie Chingaté H., Rolando Olaya y Julián Esteban Arturo 150
- Colombia y los derechos de la naturaleza: desafíos ambientales y pueblos originarios
  Franco Ceballos Rosero 172

PRESENTACIÓN

"Nuevas Perspectivas de la Investigación Jurídica y Sociojurídica en Nariño", surge como un proyecto que pretende dar a conocer los desarrollos investigativos del Nodo Sur de la Red de Grupos y Centro de Investigación Jurídica y Sociojurídica; es por ello, que el presente trabajo, compila las mejores investigaciones docentes y estudiantiles presentadas en el marco del V Encuentro Regional de la Red Sociojurídica 2015.

Entendiendo a la investigación como una herramienta para tratar temas de interés académico para la comunidad jurídica en general, en el presente libro se plantean diversas posiciones sobre tópicos de las diferentes áreas del derecho, e igualmente se establecen discusiones netamente académicas sobre el ejercicio mismo del derecho y sus contenidos en general.

En este sentido, resulta importante resaltar la participación de todos los autores que dieron a conocer sus avances investigativos ante el Nodo Sur de la Red Sociojurídica, y es preciso extender una grata felicitación a aquellos elegidos por el Nodo para publicar dichas investigaciones en este trabajo colaborativo.

Que esta sea la oportunidad para resaltar el trabajo realizado por los docentes y estudiantes investigadores de las Facultades y Programas de Derecho de la Institución Universitaria CESMAG, Universidad de Nariño, Universidad Mariana y Universidad Cooperativa de Colombia – Pasto, quienes nos permitieron conocer avances legislativos, jurisprudenciales y doctrinales de suma importancia en la actualidad jurídica colombiana y regional.

Finalmente, cabe resaltar el trabajo constante y mancomunado de los centros y grupos de investigación del Nodo Sur de la Red Sociojurídica: Grupo Derecho, Innovación y Desarrollo Social, Centro de Estudios Jurídicos Avanzados – CEJA, Centro de Investigaciones y Estudios Sociojurídicos – CIESJU, Grupo Saber Sociojurídico y Grupo La Minga, y demás docentes y estudiantes que asistieron y colaboraron en el V Encuentro Regional de la Red Sociojurídica.

Daniela Camacho Vinueza
Coordinación Red Sociojurídica – Nodo Sur 2015

PARTE I

APORTES METODOLÓGICOS Y PEDAGÓGICOS

PARTE I: APORTES METODOLÓGICOS Y PEDAGÓGICOS
LA CATEGORIZACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN CUALITATIVA: PROPUESTA METODOLÓGICA

Cristina Romero Chaves[1]

RESUMEN

Artículo de reflexión que propone una metodología para abordar el proceso de categorización en estudios de investigación cualitativa, por lo que parte de la experiencia y reflexión en la formación investigativa de estudiantes de pregrado y docentes universitarios. Retoma planteamientos teóricos de la categorización y su relación con el análisis e interpretación de resultados que emergen de una revisión bibliográfica que se extracta de libros y artículos referentes a la categorización. Se concluye que, aunque subyacen algunos principios y caracterizaciones de la categorización, pueden existir distintas rutas metodológicas que llevan al investigador a comprender y aplicar este proceso.

PALABRAS CLAVE: Análisis e interpretación de resultados, categorización, investigación cualitativa, metodología.

ABSTRACT

This article proposes a methodology to approach the categorization procedure in qualitative research studies. Starts from experience and reflection on the practice of research by undergraduate students and academics. It takes theoretical approaches of categorization and its relation to the analysis and interpretation of results, emerging from a literature review that is excerpted from books and articles concerning to categorization. It is concluded that, besides the existence of some underlying principles and characterizations of categorization, there may be different methodological routes leading the researcher to understand and apply this procedure.

KEYWORDS: Analysis and interpretation of results, categorization, qualitative research methodology.

1 Candidata a doctor en Ciencias de la Educación, Universidad de Caldas-Rudecolombia, Magister en Administración Educativa de la Universidad del Valle, Licenciada en Educación Especial de la Universidad de Manizales, correo electrónico: ocromero@gmail.com. El capítulo de libro es producto de la investigación Prácticas de investigación en docentes universitarios realizada en la Institución Universitaria CESMAG con el Grupo de Investigación *Modelos Pedagógicos*.

INTRODUCCIÓN

En la investigación cualitativa el proceso de categorización es un punto álgido por tratar, dado el nivel de abstracción y aplicabilidad requerido. Por lo tanto, se mencionan dos dificultades que se presentan en el investigador: la primera tiene que ver con la comprensión del concepto y sus principios cuando se traslada al terreno de la investigación; y la segunda, en identificar las categorías deductivas, inductivas, deductivas-inductivas y su relación con el análisis e interpretación de resultados. De esta manera, en el presente capítulo se tratan aspectos conceptuales de la categorización y posteriormente se plantea una propuesta metodológica, como una de las rutas posibles a seguir.

Dadas las condiciones de las que tratará el artículo de reflexión, se parte de una revisión más precisa en cuanto a las acepciones de categorización y sus principios.

Para Rodríguez, Florez y García (1996) toda categoría lleva implícto un significado o sentido a realidades y contextos, acciones y acontecimientos que representan aspectos comunes alrederor de un tópico o temática. El concepto expuesto por los autores hace mención a que la categoría se entiende como un conjunto de elementos, atributos, características, propiedades similares de una realidad presente en un grupo o en unos sujetos investigados de cuya problemática surgen regularidades permanentes que merecen agruparse para comprender el fenómeno de estudio.

Si se hace un acercamiento más detenido que permita aplicar la categorización como proceso, se podría mencionar que este ejercicio en un primer momento se equipara a una actividad de clasificación (Chwalisz, Wiersma & Stark-Wroblewski, 1996; Romero, 2005; Maxwell & Miller, 2008; Chenail, 2008, 2010; Hennink, Hutter, Bailey, 2011; Bendassolli, 2013); acepción que aclara los primeros pasos a los que se enfrentará el investigador. Entre las propiedades inherentes a la clasificación se encuentra las que hacen mención a "agrupar datos que comportan significados similares" (Galeano, 2004, p. 38), "agrupar los conceptos [...] establecer posibles relaciones entre conceptos sobre el mismo fenómeno" (Straus, 1967, p. 124); "agrupar elementos, ideas y expresiones en torno a un concepto capaz de abarcar todo" (Gomez, 2003, p. 55) y "Ordenar objetos por categorías o clases [...] cuando cada una de las clases generadas contiene solamente elementos que se asemejan lo más posible uno al otro" (Huber, 2002, p. 142).

Para clasificar se requiere que el investigador utilice un nivel de abstracción, entendido como un acto mental que lo llevan a acciones como reducir y aislar componentes esenciales de un fenómeno o de un problema de investigación; punto que amerita conocer y describir la realidad de la cual emerge el problema, manejar conceptos y teorías que se relacionan con aspectos disciplinares de la temática que se está tratando y analizar e interpretar la información que se ha recogido.

Ahora bien, el siguiente momento del proceso es conocer y escoger el tipo de categorización a emplear en la investigación:

a) Deductiva: funciona cuando se retoma las teorías provenientes de marcos o modelos teóricos definidos de manera anticipada por parte del investigador "las categorías están establecidas a priori, siendo función del investigador adaptar cada unidad a una categoría ya existente" (Rodriguéz, Lorenzo & Herrera, 2005, p. 141).

b) Inductiva: cuando las categorías afloran o aparecen de los datos, atendiendo a recurrencias o repitencias en la información obtenida "consiste en elaborar las categorías a partir de la lectura y examen del material recopilado sin tomar en consideración categorías de partida" (Rodriguéz, Lorenzo & Herrera, 2005, p. 141).

c) Inductiva y deductiva: cuando se complementan las anteriores.

Escogido el tipo de categorización es conveniente revisar una serie de principios o criterios a atender en el momento de categorizar, entre ellos:

Relevancia: El sistema de categorías debe contemplar las posibilidades o alternativas de variación. Por lo tanto, pueden quedar excluidas del sistema algunas y estas dependerán del diagnóstico y la realidad encontrada.

Exclusividad - "La mutua exclusión de los componentes del sistema categorial tienden a eliminar las redundancias y la desorientación a la hora de clasificar los datos" (Galeano, como se citó en Romero, 2005, p. 5). Este criterio señala que, en principio, las categorías son mutuamente excluyentes, es decir, que el mismo elemento no puede ubicarse en dos categorías a la vez.

Complementariedad: Es importante tener en cuenta que en el problema o fenómeno estudiado abre una abanico de categorías para su estudio que a su vez permiten complementarse con el objeto de profundizar o ahondar sobre cada categoría. Además "se relaciona con la coherencia y busca establecer una relación articulada de la realidad, en forma tal, que cada una de las categorías construida aporte de manera ordenada la información que no encierran las otras categorías" (Galeano, como se citó en Romero, 2005, p. 5).

Especificidad: Se especializa en una área específica concreta y delimitada "Cada categoría comporta un campo temático" (Galeano, como se citó en Romero, 2005, p. 5).

Es así como es fundamental conocer los anteriores conceptos y criterios para iniciar a categorizar. En este sentido se procederá a reconocer la ruta metodológica que parte del problema de investigación y que estará conectada con algunas recomendaciones prácticas.

1. RUTA METODOLÓGICA

Ejercicios generales de categorización. Si bien es cierto del concepto de categorización se disponen de múltiples aportes teóricos, al momento de aplicarlo, como se mencionó anteriormente, se constituye en una debilidad. Por lo tanto, es necesario realizar ejercicios que partan de conocimientos previos, acerca de un tema general de uso o conocimiento común que no tenga que ver con el problema de investigación y que al tiempo servirán para comprender los criterios de proceso categorial.

Entre las actividades didácticas dispuestas para trabajar el concepto de categoría se propone:

- ✓ Analogías gráficas o visuales orientadas por un contenido familiar concreto que guardan similitud o correspondencia frente al concepto de clasificación.
- ✓ Clasificación de elementos que parte de un tema general o uso común, por ejemplo, clasificación de plantas, animales, instrumentos musicales, deportes, formas geométricas, etc.
- ✓ Socialización y derivación de criterios de categorización a partir de la clasificación realizada.

Además, es importante orientar el concepto de subcategorías que se derivan de unidades más específicas y que en últimas permiten focalizar un tema, problema de investigación o resultados encontrados de manera más detallada.

1.1. Categorización a partir del problema de investigación

Para continuar con la ruta metodológica propuesta se partirá del fenómeno o problema de investigación con un tipo de categorización mixto que atiende a la inducción en una primera parte y continúa con la deducción. Vale precisar que existen otras propuestas metodológicas como Miles y Hubernan (1994) Strauss y Corbin (2002) que proponen categorizar del análisis de datos, cuando ya se ha recogido la información, producto de la aplicación de técnicas de recolección de la información.

Entonces aproximarse al problema de investigación para conocer y comprender las dinámicas que surgen en su interior, se constituye en una la mejores estrategias que lo potencian y de igual manera, favorecen la aplicación del proceso categorial que parte del análisis de la información recogido a través de la aplicación de técnicas prediagnósticas como la observación, entrevista u otras técnicas no convencionales.

El problema de investigación debe argumentarse con información precisa y detallada, es decir evidencias o manifestaciones que lo caracterizan, cuando el investigador ha mapeado o establecido una serie de síntomas que lo particularizan, se procede a organizar y clasificar por características comunes en torno al problema de investigación. En este sentido, se aplica un proceso categorial inductivo, no obstante para precisar las categorías o subcategorías, se hace uso de la categorización deductiva con el respaldo de teorías que lo concretan. Se recomienda hacer por lo menos dos o tres formas de categorización y se sugiere confrontarlo con la teoría y la revisión de expertos, finalmente una vez se haya terminado las categorías que detallan pormenorizadamente el problema de investigación, metodológicamente se podrá acudir a realizar el siguiente paso.

1.2. Organización de los objetivos específicos de la investigación a partir de la categorización

En la investigación cualitativa la categorización se puede fortalecer en la medida que se desarrolla la investigación o determinan los resultados más cercanos, no obstante como se ha partido de una vía inductiva que favorece el proceso se procede a elaborar los objetivos específicos y tienen directa relación con el problema de investigación.

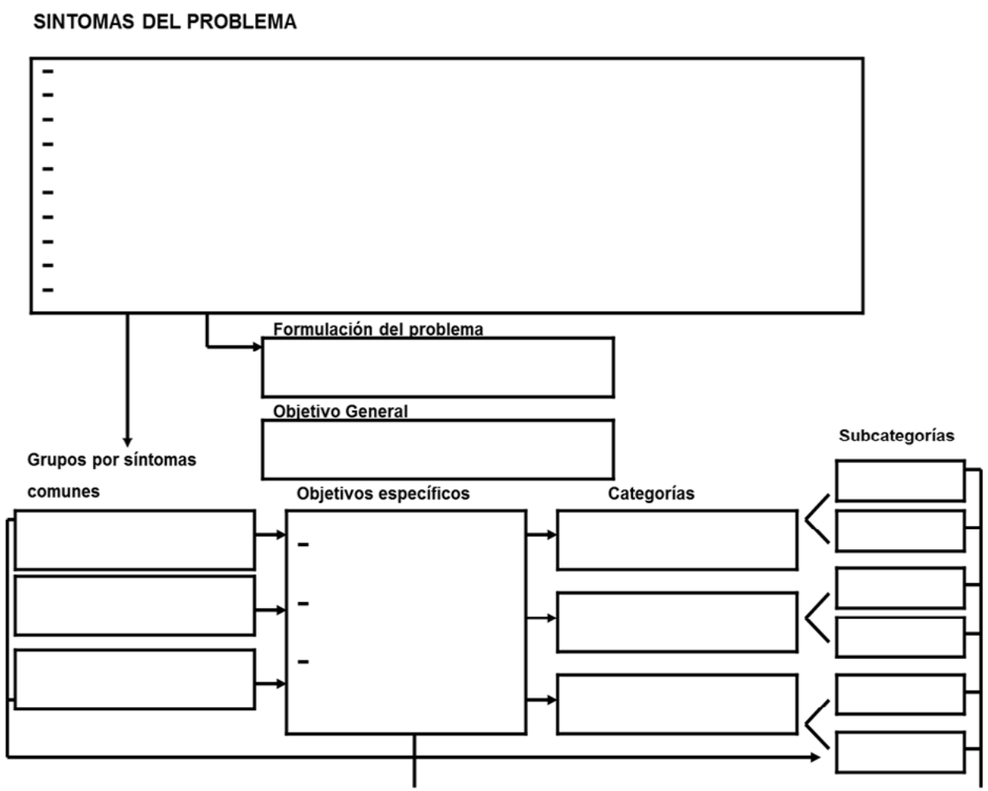


Figura 1. Relación problema, categorías y objetivos

1.3. Construcción de marcos teóricos o referenciales vs categorización

Teniendo en cuenta que la categorización propuesta emerge del problema de investigación, ésta se constituye en guía orientadora en la elaboración del marco teórico o referencial, más aun cuando se pueden conocer enfoques, perspectivas, estados del arte, etc., requeridos para apoyar la investigación y que incluye una mirada interpretativa del investigador, alrededor de los diversos aportes relacionados con las categorías y con más profundidad con las subcategorías.

Ezequiel Ander-Egg (1990) enuncia que en el marco teórico o referencial:

> se expresan las proposiciones teóricas generales, las teorías específicas, los postulados, los supuestos, categorías y conceptos que han de servir de referencia para ordenar la masa de los hechos concernientes al problema o problemas que son motivo de estudio e investigación (p.154).

1.4. Aplicación de las técnicas de recolección de la información vs categorización

Cuando el investigador se enfrenta a identificar las técnicas que empleará para recolectar la información y específicamente elaborar instrumentos, presenta algunos obstáculos relacionados con la información requerida y la forma de construcción de las preguntas, ítems de observación, temas ejes, entre otros; en algunos casos llevan a que la información sea infructuosa y no sea requerida para el tema investigado. Por lo tanto, si se continúa la ruta de propuesta, fácilmente los temas a tratar se extractan y concentran en las categorías y puntualmente en las subcategorías.

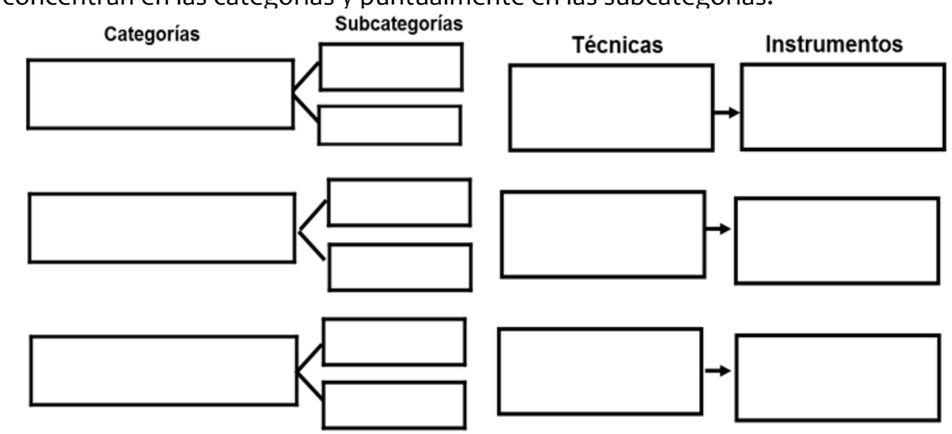


Figura 2. Relación categorías y técnicas de recolección de la información

1.5. Análisis e interpretación de resultados vs categorización

Para dar a conocer los resultados encontrados se necesita de la articulación de dos subprocesos específicos como la descripción e interpretación. El análisis descriptivo lleva a revisar la información, identificar vínculos, patrones y temas comunes, ordenar hechos y presentarlos como son realmente, sin agregar ningún punto de vista o comentario sobre su importancia. A partir de aquí se organiza la información en matrices descriptivas o cuadros de trabajo que responde a las categorías y específicamente de subcategorías planteadas con anterioridad.

Araceli Tezanos (2002) afirma que:

> Una primera característica de la descripción remite a su condición inicial en los momentos de acercamiento. Y es una condición inicial puesto que los contenidos de la descripción dan cuenta por un lado de qué es el objeto y por otro, de la forma en que se manifiestan a partir de las percepciones y conductas de los actores involucrados en el y los casos estudiados. Percepciones y conductas que el investigador ha registrado pacientemente durante el terreno. Es así como el investigador se transforma, metafóricamente hablando, en un traductor en la escritura de la observación (p. 146).

En el análisis descriptivo se debe incluir detalles suficientes para permitir que el lector vea qué encontró en la investigación, éstos deben presentarse de manera clara, coherente y completa antes de que puedan ser interpretados. Aunque la información recolectada ya se la tiene, se hace necesario organizarla. Para entender, se ejemplifica el proceso con una analogía que equivale a un rompecabezas cuyas piezas requieren ser articuladas correctamente.

Araceli Tezanos (2002) presenta algunas claves para producir el texto descriptivo así:

> 1-El ordenamiento de los registros y documentos: Este ordenamiento inicial es un facilitador para la producción del texto, en tanto en él debe aparecer las citas referenciadas en el anexo pertinente. Cada anexo corresponde a un registro o documento, en consecuencia tienen su paginación específica.
>
> Por otra parte, es importante hacer notar, que todo informe final de una investigación cualitativa–interpretativa, debe presentar en sus anexos la totalidad de las notas ampliadas de observaciones y entrevistas, así como también los documentos recogidos durante el trabajo en terreno, puesto que estos materiales escritos constituyen las evidencias empíricas de los hallazgos producidos por el estudio [...]
>
> 2- El estilo de escritura en una descripción [...]
>
> 3- Evidencias que se recogen en una descripción [...] (pp. 150-155).

Estas claves pueden orientar el proceso; con relación a la primera se construirán matrices descriptivas las que se presentará como anexos así como lo expresa la autora en la cita anterior. La segunda clave dependerá del estilo de escritura que quiera emplear el investigador, son importantes la creatividad y su estructuración y la tercera se refiere a las evidencias, trozos, fragmentos descriptivos a utilizar no solamente se registrará la información homogénea sino también se tendrán en cuenta las expresiones contradictorias.

En las matrices se encuentra la descripción que emerge de las subcategorías, una vez se tenga este paso se procede a triangular las diferentes técnicas de recolección de la información y se inician el proceso de análisis e interpretación de resultados.

Para efectos de la interpretación, esta actividad se equipara a un proceso escritural que está en continuo movimiento, donde se relaciona la realidad expuesta en las matrices descriptivas, la teoría que lo respalda y la interpretación que hace el investigador de cualquiera de las posiciones planteadas anteriormente.

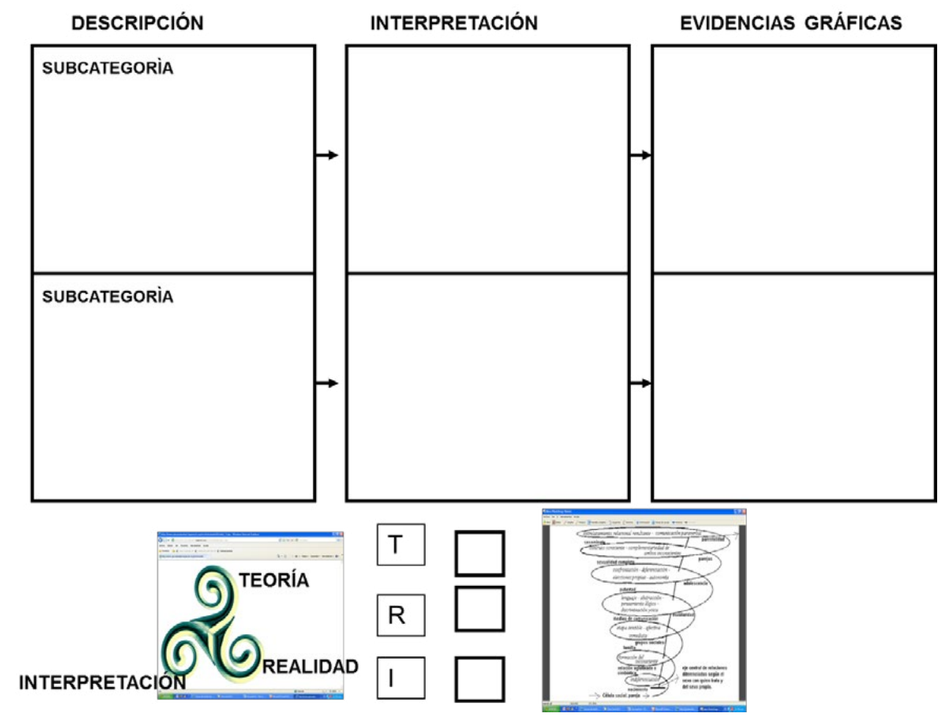


Figura 3. Proceso de análisis e interpretación de resultados con las subcategorías

CONCLUSIONES

Es importante anotar que la categorización se constituye en una estrategia fundamental para abordar todo el proceso investigativo.

Es necesario que en una investigación exista coherencia entre el problema, los objetivos, las categorías, las técnicas de recolección de la información y el análisis e interpretación de resultados.

Para comprender la categorización es necesario recurrir a una propuesta didáctica que lleve al investigador a aplicar procesos de síntesis y abstracción.

REFERENCIAS

Ander-Egg, E. (1990). Técnicas de Investigación Social. Buenos Aires: Editorial Humanitas.

Bendassolli, P. (junio, 2013). Theory Building in Qualitative Research: Reconsidering the Problem of Induction. *Forum: Qualitative Social Research, 14*(1), Recuperado de: http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0114-fqs1301258

Chenail, R. (2008). Categorization. En L. M. Given (Ed.), *The SAGE encyclopedia of qualitative research methods*. Vol. 1 (pp. 72-73). Thousand Oaks, CA: Sage.

Chenail, R. J. (2012). Conducting qualitative data analysis: Managing dynamic tensions within, part one. *The Qualitative Report*, 17 (4), 1-6. Recuperado de: http://www.nova.edu/ssss/QR/QR17/chenail-tensions.pdf

Chwalisz, K., Wiersma, N., & Stark-Wroblewski, K. (octubre, 1996). A quasi-qualitative investigation of strategies used in qualitative categoratization. *Journal of Counseling Psychology, 43*(4), 502-509. Recuperado de: http://dx.doi.org/10.1037/0022-0167.43.4.502

Hennink, M Hutter I., & Bailey, A. (2011). *Qualitative Research Methods.* California: Sage Publication.

Huber, G. (2002). El análisis de los datos cualitativos como proceso de clasificación. *Revista de Educación*, 4, 141-156.

Galeano M. (2004). *Diseño de proyectos de investigación cualitativa*. Medellín: Fondo editorial universidad EAFIT.

Gomes R. (2003). Análisis de datos en la investigación. En Investigación social, Buenos Aires: Lugar editorial S.

Maxwell, J., & Miller, B. (2008). Categorizing and connecting strategies in qualitative data analysis En P., Leavy, & S. Hesse-Biber (Eds.), *Handbook of emergent methods* (pp. 461-477). Nueva York: Guilford Press.

Miles, M. B. y Huberman, A.M. (1994) *Qualitative data analysis: An expanded sourcebook* (2a Ed.). Thousand Oaks, CA: Sage.

Rodriguez, G., Florez, J. & Garcia, E. (1999). *Metodología de la Investigación cualitativa*. Granada: Aljibe.

Rodriguéz, C., Lorenzo, O., & Herrera, L. (julio-diciembre, 2005). Teoría y práctica del análisis de datos cualitativos. Proceso general y criterios de calidad. *Revista Internacional de Ciencias Sociales y Humanidades, SOCIOTAM, XV*, (2), 133-154

Romero, C. (2005). La categorización un aspecto crucial en la investigación cualitativa. Revista de investigaciones, 11, 113-118.

Strauss, A. y Corbin, J. (2002). *Bases de la Investigación Cualitativa. Técnicas y procedimientos para desarrollar la Teoría Fundamentada.* Antioquia: Universidad de Antioquia, Colombia.

Tezanos, A. (2002). *Una Etnografía de la Etnografía* (4 Ed.). Bogotá: Antropos.

ESQUEMAS PARA EL ANÁLISIS TEÓRICO JURÍDICO EN CONTEXTOS REGIONALES: APROXIMACIONES METODOLÓGICAS

Rolando Víctor Guerrero Tenganán[1]

RESUMEN

El presente capítulo se estructura en el marco de la investigación titulada *Análisis teórico jurídico desde contextos regionales: Pensamiento jurídico en Nariño en el período 1904 -1970,* desarrollada al interior del grupo de investigación Centro de Estudios Jurídicos Avanzados CEJA de la Universidad de Nariño y su línea de investigación Pensamiento Jurídico Regional. La investigación tiene como objetivo principal determinar y analizar los procesos de copia, transmutación y despliegue creativo teórico – jurídico acaecidos en el complejo jurídico nariñense. El paradigma investigativo acoplado es el cualitativo con un enfoque constructivista, su tipología es carácter histórico hermenéutico con un nivel de profundización analítico descriptivo y su diseño metodológico es de la teoría fundada o teoría fundamentada. En este momento, la investigación, se encuentra en la fase de identificación de los esquemas existentes para el análisis de teoría jurídica en contextos latinoamericanos y regionales. Los resultados obtenidos permiten identificar cuatro esquemas para el análisis de teoría jurídica en contextos latinoamericanos y regionales, lo que permite formular las bases metodológicas de un quinto esquema, objeto de análisis en el presente capítulo.

PALABRAS CLAVE: Teoría jurídica latinoamericana, pensamiento jurídico latinoamericano, pensamiento jurídico nariñense, copia, transmutación, despliegue creativo.

1 Abogado de la Universidad de Nariño. Administrador Público de la Escuela Superior de Administración Pública. Especialista en Instituciones Jurídicas de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Magister en Administración de la Seguridad Social de la Universidad Nacional Autónoma de México. Docente tiempo completo adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Semillerista adscrito al Grupo de investigación CEJA (Centro de Estudios Jurídicos Avanzados) de la misma Facultad. Correo electrónico: victorgue18@yahoo.es. El presente capítulo es producto del trabajo adelantado al interior del Grupo de Investigación Centro de Estudios Jurídicos Avanzados – CEJA – Categoría C Colciencias, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, y su línea de investigación Pensamiento Jurídico Regional, en el marco de la investigación titulada Análisis teórico jurídico desde contextos regionales: Pensamiento jurídico en Nariño en el período 1904 -1970.

ABSTRACT

This paper is structured through the main research entitled Legal Theoretical analysis from regional contexts: Legal Thinking in Nariño in the period 1904 -1970 developed within the research group Center for Advanced Legal Studies CEJA, at the University of Nariño and through the line of research Regional Legal Thinking. The main goal of this study is to determine and analyze copying, transmutation, theoretical, creative thinking occurring in the legal complex. Trailer research is a qualitative paradigm with a constructivist approach, its typology is hermeneutic historical within a deep and descriptive analytical study design theory is founded and grounded theory. Curently, the investigation is in the phase of identifying existing for the analysis of legal theory in Latin American and regional contexts. The results allow us to identify four schemes for the analysis of legal theory in Latin American and regional contexts, allowing develop the methodological foundations of a fifth scheme, analyzed in this article.

KEYWORDS: Latin American legal theory, Latin American legal thought, nariñense legal thought, copy, misreading, creative deployment.

INTRODUCCIÓN

El análisis de los procesos teórico jurídicos suscitados en ambientes y contextos históricos como el latinoamericano o colombiano cobran especial interés en la actualidad, así lo confirman teóricos latinoamericanos como García y Rodríguez (2003), quienes manifiestan que en este momento, este tipo de estudios se encuentran en una permanente fase de expansión. Prueba de la anterior afirmación, son los estudios realizados por Kunz (1950), López Medina (2004), Esquirol (2014) y la reciente publicación dirigida por el profesor Bonilla (2009), en los cuales se hace enfática la necesidad de indagar por las especiales características históricas de ambientes como el latinoamericano, así como por las dinámicas sobre las cuales se abordan los diferentes debates de carácter teórico – jurídico en estos contextos. Es más, diversos estudios de carácter histórico curricular en Nariño, entre ellos los realizados por Goyes Moreno (2010 y 2013) y Lagos Mora (2014), reclaman la necesidad de retratar de manera sistemática los rasgos de nuestra cultura jurídica, develando las connotaciones y denotaciones de sus procesos históricos, para las investigaciones *in situ,* en cuanto a currículo y formación jurídica refiere.

En ese sentido, las dinámicas investigativas contemporáneas en las cuales están yuxtapuestos los contenidos teórico jurídicos y su análisis histórico en ambientes como el latinoamericano, hacen hincapié en la necesidad de dinamizar procesos de investigación inductiva, que sobre la base de la caracterización de los contextos y a través del análisis de evidencias históricas, permitan la creación de categorías genéricas y abstractas para la periodización de nuestros ambientes. Se ha observado, que la historia del pensamiento jurídico latinoamericano no puede ser retratada como una copia-traslaticia de la historia teórico jurídica transnacional.

Se suscita entonces, la necesidad de caracterizar nuestros contextos y retratar los respectivos debates teórico – jurídicos a través del análisis de las aristas que lo integran, ya que la historia del pensamiento jurídico latinoamericano no se reproduce linealmente en la secuencia histórica del pensamiento jurídico transnacional. La homogeneización de nuestra historia teórico jurídica en la historia teórico jurídica transnacional y su consecuente invisibilización, han impedido hacer una radiografía de las características de nuestra conciencia jurídica, supuesto básico para la correcta planificación, ordenación y reorganización de las instituciones jurídicas propias en el marco de los retos planteados por la contemporaneidad.

1. LA INVESTIGACIÓN

La investigación sobre la cual se estructura el presente capítulo, pretende determinar, caracterizar y analizar los procesos de copia, transmutación y despliegue-creativo en teoría del derecho suscitados, para el caso que nos ocupa, en contextos específicos, a saber, el complejo jurídico nariñense para el período transcurrido entre los años 1904 a 1970. En ese orden de ideas, la presente investigación, afianzada en un ejercicio interdisciplinario y crítico, retoma elementos epistemológicos de carácter teórico jurídico, histórico y filosófico, para diseñar una ruta metodológica que permita el análisis de los debates teórico jurídicos en contextos regionales, reivindicando su existencia y haciendo explícita la necesidad de que los mismos interactúen y se articulen al escenario teórico jurídico transnacional, en el cual, históricamente han sido invisibilizados.

Ahora bien, la investigación se ha estructurado en tres momentos básicos, el primero de ellos pretende identificar cuáles han sido los esquemas tradicionales para el análisis del pensamiento jurídico latinoamericano, su sustento metodológico, su base epistemológica, la caracterización que realizan de los ambientes teórico jurídico latinoamericanos y sus correspondientes fortalezas y debilidades. Un segundo momento

de la investigación, responde a la estructuración un esquema para el análisis de ambientes teórico jurídicos latinoamericanos, el cual dilate las debilidades de los esquemas que le anteceden y entronice en sus fortalezas. Finalmente, un tercer momento, implica la puesta a prueba de ese esquema, y para el efecto se toma como escenario de análisis el contexto jurídico nariñense en el período 1904 - 1970, selección que obedece al apogeo de las ideas conservadores en la primera etapa de este período, la consecuente dinamización de las ideas liberales en su segunda etapa, y los complejos debates teórico jurídicos suscitados en dicho marco.

El capítulo presenta como resultados parciales de investigación, una cartografía de cuatro de los esquemas clásicos para el análisis de pensamiento jurídico en contextos regionales, a los cuales hemos rotulado con las siguientes nominaciones: 1) esquema de teorización jurídica puro clásico de contextos locales, 2) esquema de teorización jurídica puro alternativo de contextos locales, 3) esquema de teorización jurídica impuro de contexto locales y 4) esquema de teorización jurídica impuro interdisciplinar de contexto locales. Sobre la base de la anterior sistematización, se propone un quinto esquema que responde a la nominación de esquema de teorización jurídica complejo interdisciplinar de contextos locales.

En la anterior dinámica, la investigación pretende fortalecer la línea de estudios interdisciplinarios críticos sobre el derecho en América Latina (García y Rodríguez, 2003), la cual invita a la reafirmación de nuestro entramado como cultura jurídica, su correspondiente reivindicación, y la generación de escenarios epistémicos que den cabida a debates teórico jurídicos entre contextos, sin jerarquizaciones homogeneizantes y sobre la base de (trans) diálogos de reconocimiento en condición de alteridad.

El paradigma investigativo que direcciona el desarrollo investigativo es de carácter cualitativo, dada la estructura de sus objetivos y problema de investigación sobre el cual se formuló. A este respecto, se debe advertir, que uno de los objetivos fundamentales del proyecto es re interpretar la realidad teórica jurídica en contextos latinoamericanos, y específicamente en el contexto Nariñense. En ese sentido, las características de un paradigma cualitativo se articulan a esta gesta, ya que una de las directrices de este paradigma, como lo afirma Vázquez Navarrete (2006), está anclada al reconocimiento de la existencia de múltiples realidades y no una realidad única y objetiva; realidades que son objeto de procesos de comprensión en complejidad, orientados a la generación de nuevas teorías sobre las cuales se puedan soportar procesos interpretativos alternos.

De igual manera, se debe decir que se retoma la estructura de este paradigma, en orden a que el mismo permite hacer una disyunción de las grandes teorías en contextos locales, e igualmente, posibilita hacer una verificación de conclusiones generales en casos particulares. De otra parte, este enfoque facilita más que la verificación de una teoría, en lenguaje de Popper (1968), una falsación de las teorías existentes. Así pues, el análisis teórico jurídico que se emprende desde contextos regionales, tiene como propósito fundamental fisurar aquellas generalizaciones abstractas proveídas desde análisis teórico jurídico transnacionales, e incluso, pretende falsear aquellos análisis realizados en ambientes latinoamericanos desde contextos céntricos.

Finalmente, la decisión metodológica respecto del paradigma se asienta en la forma en que el paradigma cualitativo concibe el conocimiento. Como lo afirman Guba y Lincoln (1990), el enfoque cualitativo concibe al conocimiento de una manera constructivista y dialógica; frente al enfoque cuantitativo que concibe al conocimiento de una forma realista y empirista. Para efectos de abordar el objeto investigativo propuesto, a saber, la visibilización de las construcciones teórico jurídicas regionales, es preciso que la realidad no sea concebida como una categoría ontológica y naturalmente suministrada. La realidad, que para el caso *in situ*, se expresa en la historia de la teoría jurídica, se construye y deconstruye permanentemente a través de los procesos interpretativos de los actores que inter subjetivamente la estudian y analizan.

El enfoque tomado, siguiendo las directrices metodológicas de Guba y Lincoln (2002) es el constructivista en orden a las estructuras ontológicas, epistemológicas y metodológicas que lo orientan.

En lo que refiere a las consideraciones ontológicas de este enfoque se debe decir que asume la realidad como una entidad construida desde lo local y lo específico, siendo ésta su principal objeto de comprensión. Ahora bien, dada esa connotación, reconocemos que en tratándose de pensamiento teórico jurídico en contextos locales, las relaciones y formas de percibir las realidades son múltiples y en ocasiones opuestas, pero comprensibles; las realidades son producto del intelecto humano y pueden cambiar en orden a ser construcciones más informadas y sofisticadas.

Frente a la condición epistemológica, el enfoque constructivista determina una relación transaccional y subjetivista entre sujeto cognoscente y objeto investigado. Consideramos que los hallazgos teórico jurídicos que se realicen, en pos de la caracterización del complejo jurídico nariñense, son obras re interpretativas determinadas por los sujetos que realizan esta investigación, a saber, actores teórico jurídicos latinoamericanos, cuyo cometido, es reformular las lecturas clásicas y canónicas de nuestra conciencia de derecho. La relación sujeto y objeto, como se observa, es conmutativa, intersubjetiva y sobre todo transaccional.

Finalmente y en lo que respecta a las consideraciones metodológicas, para el enfoque constructivista, el conocimiento de la realidad se ampara en las herramientas de la hermenéutica y dialéctica, por oposición a un tratamiento experimental. Se reconoce en este marco, que uno de los objetivos fundamentales de la investigación, es proveer a partir de técnicas de análisis, falsación e interpretación, una descripción más acabada y sofisticada de la realidad teórico jurídica nariñense, y por ende, de la conciencia teórico jurídica latinoamericana, ofreciendo nuevos supuestos de análisis a efectos de que se destilen construcciones más informadas sujetas a nuevos procesos de reformulación.

En lo que respecta al diseño metodológico de la investigación, y sobre la base de las directrices de Hernández, Fernández & Baptista (2006), tomamos el diseño de teoría fundamentada. Si bien se trata de una investigación de carácter histórico hermenéutico, se considera que este tipo de diseño favorece la materialización de los objetivos de la investigación, ya que este diseño da pie a la configuración de una teoría para el análisis teórico jurídico de contextos regionales que permita hacer descripción, explicación y comprensión de la conciencia jurídica nariñense en el período 1904 a 1970.

Como lo expresa Creswell (2005) el diseño de la teoría fundamentada es de utilidad cuando las teorías disponibles no explican un fenómeno dado, o bien, cuando no cubren a los participantes o muestra de interés que el investigador ha seleccionado, situación que se dejan entrever en el análisis de complejos jurídicos como el nariñense, cuyas expresiones teórico jurídicas alternativas y heterogéneas no tienen asidero en el canon transnacional o en el canon derivado de las nuevas propuestas críticas para el análisis teórico jurídico de contextos latinoamericanos.

En lo referente al proceso de recolección de fuentes, y habida cuenta de que la conciencia jurídica de los contextos se hará sobre la base de determinar la conciencia jurídica nariñense en la lógica de lo que López (2004) circunscribe como *teoría pop del derecho*, es decir, la conciencia jurídico viviente en cada uno de los actores teórico jurídicos, se determinaron las siguientes fuentes: a) libros de doctrinas escritos por

juristas nariñenses, b) cuadernos de apuntes, c) planes de estudio, d) micro currículos, e) sentencias de la época, f) escritos extra jurídicos de actores teórico jurídicos) con su consiguiente articulación a través de categorías que prueben procesos heterogéneos de copia, transmutación o despliegue, situaciones que permitirán la configuración de lineamientos teóricos que reafirmen la necesidad de diseñar nuevos contornos para el análisis histórico y teórico jurídico de contextos latinoamericanos.

A efectos de la presentación del presente informe de avance investigativo, se ha consolidado y validado como instrumento de recolección, un ficha de identificación bibliográfica que permitió la identificación de los principales teóricos que han consolidado explícita o implícitamente esquemas para el análisis y estudio de expresiones teórico jurídicos en la historia del pensamiento jurídico latinoamericano y de los contextos que lo conforman.

En igual sentido se consolidó y validó una ficha de análisis de información que permitió, agrupar los esquemas para el análisis teórico jurídico, y proveerles una denominación con base en la afinidad de su estructura. La ficha de análisis de información se estructura sobre la base de los siguiente elementos: 1) características de la propuesta de análisis, 2) base epistemológica, 3) características del análisis teórico jurídico de contextos latinoamericanos y 4) debilidades y fortalezas frente al análisis teórico jurídico de contextos latinoamericanos.

La consecuente aplicación de los instrumentos de recolección y análisis de información para el cumplimiento del primero objetivo de la investigación en cita, permitió identificar un total de cuatro esquemas para el análisis de teórico jurídico en contextos regionales, a saber, 1) esquema de teorización jurídica puro clásico de contextos locales, 2) esquema de teorización jurídica puro alternativo de contextos locales, 3) esquema de teorización jurídica impuro de contexto locales y, 4) esquema de teorización jurídica impuro interdisciplinar de contexto locales. Sobre dicha determinación y caracterización, se configuró al interior de la investigación un quinto esquema que responde a la nominación de esquema de teorización jurídica complejo interdisciplinar de contextos locales.

El esquema de teorización jurídica puro clásico de contextos locales agrupó la propuesta realizada por la Academia Colombiana de Jurisprudencia en el texto titulado *Pensamiento jurídico en Colombia. Libro del Centenario* (1996).

Este esquema, concibe la teoría jurídica latinoamericana como una copia simple de los desarrollos teórico jurídicos euro – occidentales o de culturas jurídicas céntricas. Bajo este tipo de canon, el contorno teórico jurídico latinoamericano es una sombra o sub-producto de la iconología europea céntrica, estableciendo así una dualidad de opuestos entre estos dos tipos de realidades jurídicas. Bajo este modelo, las culturas jurídicas céntricas se reservan la facultad de generar procesos de innovación teórico jurídica y se conciben como esquemas paradigmáticos, susceptible de copia desde otros contextos, específicamente, desde los periféricos. Los procesos de transformación y creación acaecidos fuera de la esfera sistemática-contextual europea no constituyen objeto de estudio o de teorización alguna.

Bajo esta lógica, el paradigma teórico jurídico europeo occidental o de contextos céntricos, son objeto primigenio de estudio, en tanto que las expresiones teórico jurídicas latinoamericanas son objeto de procesos de marginalización, ya que su historia puede ser leída y caracterizada desde la teorización realizada en los ambientes o contextos canónicos. De lo anterior este modelo concluye, que los compartimentos, los debates y la estructura de las reflexiones teórico jurídicas en Latinoamérica son copia-reflejo-superficial de los procesos jurídicos circunscritos a la culturas jurídicas céntricas como la europea o la angloamericana.

Este esquema de análisis teórico jurídico toma como base los principales postulados canónicos de la filosofía de cuño metafísico – presencial. Las formulaciones filosóficas en donde se deja entrever con mayor asiduidad y relevancia los postulados homogeneizantes y jerárquico metafísico – presenciales están representadas en los planteamientos de dos filósofos clásicos, Parménides de Elea (c. 515-c. 440 a.C) y Platón (Aristocles, c. 428-c. 347 a.C.).

El proceso de acercamiento a la historia de nuestro pensamiento jurídico es periodizada a través en la descripción de los principales juristas del contorno, sin que se acometa en un proceso de abstracción o sistematización a través de etapas o períodos con características homogéneas.

En segunda instancia encontramos el esquema de teorización jurídica puro alternativo de contextos locales que agrupa las reflexiones realizadas por Josef Laurez Kunz en su obra *Latin American Legal Philosophy* (1950).

Este esquema, que goza de similares características al esquema que le antecede, concibe las expresiones teórico jurídicas de complejos diferentes a los europeos o angloamericanos, como simples copias o entidades influenciadas por el desarrollo teórico desprendido de focos de producción canónica, solo que este esquema realiza una descripción de la historia teórico jurídica de contextos periféricos a través de escuelas de pensamiento jurídico, y no, como lo hacía el anterior esquema, a través de la descripción de juristas prominentes.

Se debe decir, retomando a López (2004) que en el marco de este esquema, la teoría jurídica es concebida como *alta teoría* y es elaborada por tótems intelectuales por medio de esfuerzos intelectuales de extrema abstracción en los cuales la producción, estudio, análisis y desarrollos teórico jurídicos, rompen conexidad con las dinámicas jurídico – fácticas. El debate teórico jurídico se traslada a trascendentales abstracciones sin que estas graviten en conexidad con la conciencia práctico – jurídica cotidiana.

Respondiendo entonces el pensamiento jurídico latinoamericano a las periodizaciones que caracterizaron el desarrollo de la filosofía jurídica europea, Latinoamérica en una primera instancia y para la etapa colonial acogió los frutos del desarrollo jurídico filosófico escolástico, ya para una segunda instancia, y a inicios de la etapa independista, Latinoamérica es influenciada significativamente por el pensamiento iusnaturalista francés del siglo XVIII, posteriormente, y para el período comprendido entre los años 1870 a 1925, el pensamiento jurídico latinoamericano sufre la determinante explícita e implícita de un positivismo agnóstico, finalmente, y para los años que suceden a 1925, somos influenciados por el desarrollo de la jurisprudencia alemana y austriaca, ello producto de la llegada del Neokantismo y la Teoría Pura del derecho de Kelsen (Kunz, 1950).

En tercera instancia, encontramos el esquema de teorización jurídica impuro de contexto locales, el cual retoma los aportes realizado por Diego Eduardo López Medina en textos como *Comparative Jurisprudence* (2001), *Kelsen, Hart y Dworkin en Bogotá: condiciones de posibilidad de una filosofía local del derecho* (2003), *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica Latinoamericana* (2004) y *Kelsen, Hart y Dworkin en Hispanoamérica: condiciones de posibilidad de una filosofía local del Derecho* (2005). Igualmente esta propuesta, en su base conceptual genérica se afianza en las reflexiones realizadas por Jorge Luis Esquirol en textos como *At the Head of the Legal Family: René David, Chapter 8* (2001), *Continuing Fictions of Latin American Law* (2003), *The Failed Law of Latin America* (2008), *The Turn to Legal Interpretation in Latin America* (2011), *Latin America* (2012), *Legal Latin Americanism* (2013), *The fictions of Latin American Law (Part I)* (1997) y *Las ficciones del derecho latinoamericano* (2014).

Este esquema propende por la estructuración de una *Teoría Particular del Derecho* la cual fundamenta su despliegue en el estudio contextual de la teoría del derecho inherente a cada ambiente hermenéutico. Ello lo realiza a través del estudio de los procesos de transmutación jurídica acaecidos con motivo de los *viajes teóricos* que experimentan los productos teórico – jurídicos, al ser trasladados de ambientes hermenéuticamente ricos hacia ambientes hermenéuticamente pobres.

Como se aprecia, este esquema vislumbra la existencia de ambientes hermenéuticamente ricos, ambientes hermenéuticamente pobres y una teoría transnacional del derecho creada en ambientes hermenéuticamente ricos la cual, a su vez, realiza viajes teóricos hacia ambientes hermenéuticamente pobres, en este viaje teórico se producen transmutaciones o trasnversiones en razón que esta lectura se efectúa de manera descontextualizada o se efectúa en nichos escasamente documentados.

Los fundamentos epistemológicos de este esquema, especialmente en lo que respecta a los rasgos otorgados por López Medina, se configuran a partir de las formulaciones teóricas realizadas por el crítico norteamericano Harold Bloom en su obra *The Anxiety of Influence: A theory of Poetry* y *A Map of Misreading* (1997, citado por López, 2004).

En lo que refiere a la puesta en práctica de este tipo de modelo, López hace referencia a cinco períodos en el mapa de transformación latinoamericano, a saber: clasicismo, antiformalismo en derecho privado, renovación social de la Constitución Política, positivismo y antiformalismo contemporáneo. El período del Clasicismo hace referencia a la lectura transmutativa que de la jurisprudencia de conceptos y la escuela de la Exégesis realizan receptores locales como Luis Claro del Solar, Fernando Vélez, Edmond Champeau, Antonio José Uribe y Eduardo Rodríguez Piñeres. El antiformalismo en Derecho Privado se evidencia con la transversión que se inaugura en Eduardo Zuleta Ángel, la Jurisprudencia en la Honorable Corte Suprema de Justicia y la lectura transmutativa de la Libre Jurisprudencia de Conceptos. La Renovación Social de la Constitución Política tiene suceso con la Reforma Constitucional de 1936, y el Positivismo Solidarista de Darío Echandía y Tulio E. Tascón. El período del positivismo deviene con las formulaciones de Hans Kelsen y las lecturas transmutavas en tres modos temporales efectuados, entre otros, por Arturo Valencia Zea y Luis Eduardo Nieto Arteta. Finalmente, la etapa del Antiformalismo Contemporáneo tiene su asidero en

la aceptación de las tesis de la indeterminación de Kelsen, la Crítica al formalismo radical de las reglas realizado por H. L. A. Hart y el reposicionamiento de los principios morales y políticos de Ronald Dworkin y Robert Alexy.

El cuarto esquema, denominado *teorización jurídica impura interdisciplinar de contextos locales,* y en cuyo proceso de estructuración y re estructuración participaron profesores como Mauricio García Villegas y César Rodríguez (2003), hace énfasis en la necesidad de fincar unos presupuestos epistemológicos y metodológicos para el estudio interdisciplinar y crítico de ambientes teóricos como el latinoamericano.

Manifiestan los autores, que es importante la ejecución de un estudio crítico amplio, es decir, que la cultura jurídica latinoamericana no puede ser analizada bajo la órbita exclusiva de sus sistema normativos, se requiere un análisis que induzca al estudio de los actores, símbolos, ideas, relaciones de poder, formas de enseñanza del derecho, razonamientos jurídicos prevalecientes, papel del juez y del abogado, instancias reproductoras del derecho e instituciones sociales que se articulan al campo jurídico latinoamericano (Bourdieu, 2000, citado por García y Rodríguez (2003). Ello permitirá describir con mayor precisión cuáles son los rasgos característicos de los campos jurídicos latinoamericanos que han sido concebidos tradicionalmente como simples copias defectuosas de los campos jurídicos desarrollados.

Respecto de su base epistemológica es interesante encontrar que está anclada al discurso de la deconstrucción y su base sociológica a los estudios de Pierre Bourdieu. Su base filosófica permite identificar las relaciones y prácticas jurídicas dominantes existentes entre culturas y prácticas jurídicas develando la necesidad de romper una neutralidad aparente de discursos, en la cual realmente se reproducen prácticas de defensa de statu quo. El discurso emancipador de esta línea filosófica se constituye entonces en la piedra angular de este tipo de esquema.

Dados los anteriores esquemas, el análisis de sus supuestos, los teóricos que respaldan dicho entramado, así como las cartografías teórico jurídicas que dichos esquemas formulan, la investigación generó un quinto esquema para el análisis de teoría jurídica en contextos latinoamericanas, las cual se rotula con la nominación de esquema de teorización jurídica complejo interdisciplinar de contexto locales.

La línea teórica de este esquema concibe la teoría jurídica como una disciplina que se despliega circunstancialmente en la complejidad de cada campo del derecho. En

ese sentido, se plantea un punto de fuga a la tradicional forma de construcción de teoría jurídica abstracta y lineal; en su lugar se propone un análisis teórico jurídico por complejos cuya mímesis opera en diversos sentidos, prescindiendo de la división jerárquica signada entre cánones originales y copias transmutadas. Este esquema, se disemina la jerarquización entre ambientes hermenéuticamente ricos y ambientes hermenéuticamente pobres, haciendo referencia simplemente a ambientes hermenéuticos y los despliegues contextuales que se llevan a cabo al interior de cada complejo.

La teoría jurídica bajo este esquema, es vista como una genealogía cuya edificación también comporta un carácter endógeno, la cual construye su abstracción a partir del análisis de infinitas diversidades contextuales y los diálogos trans contextuales gestados en un complejo determinado. En ese orden de ideas, este modelo rastrea la teoría jurídica de cada contexto atendiendo a factores como: a) la praxis judicial, b) los procesos de influencia, copia, imitación, plagio, transmutación c) las teorizaciones filosóficas, d) los focos trans disciplinares (actores sociales y estructuras institucionales), e) los imaginarios individuales y colectivos (su incidencia en las configuraciones teórico jurídicas), f) el despliegue contextual (o manifestaciones creativas del complejo) y g) los factores que en determinada instancia moldean la arcilla teórico jurídica inherente a cada complejidad contextual.

Como se observa, este esquema pretende configurar las trazas seminales de la teoría jurídica de nuestro complejo con la presencia de los procesos de transmutación que se gestan al interior de un análisis *intertextual*, pero de igual forma, y aunando en el aditamento brindado por los análisis comprensivos explicativos derivados de un análisis contextual, pretende configurar y arcillar las trazas fenomenológicas y epistémicas de un análisis transcontextual y complejo en el cual sea permitido avizorar la genealogía de los diferentes *despliegues*.

Este esquema toma como eje epistemológico la praxis estratégica de la desconstrucción cuyo principal representante es el pensador argelino Jacques Derrida. En la órbita de la estrategia de la deconstrucción se intenta restar la superficialidad a un discurso teórico jurídico homogeneizante y totalizador para generar dinámicas discursivas las cuales se enriquezcan en la fractalidad, alteridad y la complejidad de cada contexto; un escenario que se recrea en la biología de una temporalidad y un especialidad diversa a la de los cánones categóricos tradicionales. En ese orden de ideas, la estrategia para la desconstrucción en teoría del derecho asume el despliegue jurídico de cada contexto en el marco del desgarre epistémico de cada circunstancialidad, con el

objeto de analizar cada despliegue contextual en el espaciamiento reservado por una otredad que simplemente se aprecia a sí en la *differance*. Lo anterior, permite identificar, estudiar, analizar, sistematizar y recrear (descripción, prescripción y predicción) el despliegue teórico jurídico inherente a contextos altéreos en la fractalidad de cada complejo y en la riqueza de los imaginarios que lo integran; dinamizando procesos en los cuales se crean, abandonan y recrean sistemas, y más aún, se crean, abandonan y recrean las categorías que los direcciona.

Finalmente, se debe decir que este último esquema para el análisis de pensamiento jurídico fue objeto de aplicación previa en el análisis del pensamiento jurídico del maestro José Rafael Sañudo, en quien se logró determinar que se generaron procesos transmutativos, de influencia, de copia y de despliegue teórico jurídico. En la obra cumbre del maestro José Rafael Sañudo, la Filosofía del Derecho (1928), se determina que sus reflexiones teórico jurídicas insertan un nuevo modelo de análisis teórico jurídico el cual percibe al Derecho junto a la moral, como una herramienta que permite expiar las culpas individuales y colectivas de los integrantes de determinado entorno social.

2. RESULTADOS

Determinados los esquemas para el análisis teórico jurídico, se debe manifestar que a efectos de estudiar las transformaciones teórico jurídicas en contextos regionales se vislumbran diversidad de paradigmas, los cuales, se soportan en un enclave filosófico y epistemológico, sobre el cual se hacen las correspondientes lecturas teórico jurídicas de contextos como el latinoamericano.

Los dos primeros esquemas realizan una descripción lineal de la historiografía teórica jurídica de ambientes como el latinoamericano, sujetando su despliegue a los procesos historiográficos eurocéntricos o anglo americanos. En dicha lógica, el derecho latinoamericano es entendido como un derecho fallido "*failed law*" y como una extensión apócrifa del derecho europeo (Esquirol, 2001), cuyo estudio es relegado, al constituirse en fuente mimética, apócrifa y falaz.

En oposición, encontramos el tercer esquema, en cuyo asiento se reivindican las lecturas de las expresiones teórico jurídicas latinoamericanas, no obstante que este tipo de expresiones sean caracterizadas como hermenéuticamente pobres o periféricas, en contraste a las expresiones teórico jurídicas dirigidas desde contextos como

el europeo o el angloamericano, los cuales son rotulados como ambientes hermenéuticamente ricos o sitios céntricos de producción teórico jurídica. Se debe decir, que la apuesta realizada por el tercer esquema, hace eco de una ruptura epistémica, que invita a re considerar la necesidad de analizar las expresiones teórico jurídicas latinoamericanas, aun cuando las mismas sean concebidas como producto transmutativo de las expresiones teórico jurídicas céntricas.

En complemento, al tercer esquema, se suman los aportes realizados desde el cuarto esquema, el cual, si bien se soporta en insumos de carácter sociológico para el análisis de pensamiento jurídico, reivindica nuestra conciencia jurídica sin que la misma sea sometida a subvaloraciones u oposiciones jerárquicas.

Ahora bien, en sede de discusión, se considera que ningún esquema tiene mayor virtud de corrección respecto del otro, sin embargo, se debe manifestar que en el trasfondo de dichas apreciaciones opera cierta politicidad en el análisis teórico jurídico, politicidad que se ve expresada en la invisibilización de expresiones teórico jurídicas altéreas o distintas de las eurocéntricas. No de otra manera, se titularía a este tipo de ambientes en sede de lo hermenéuticamente pobre, o no en vano se clausuraría *ipso facto* un posible estudio en complejidad de ambientes teórico jurídicos como el latinoamericano. Se acogen en ese orden las apreciaciones realizada por Dussel (2002), quien haciendo patentes los procesos de colonización epistemológica dispuestos sobre América Latina, invita a re crear los espacios de una *trans modernidad*, escenario propicio para el reconocimiento en una lógica que escape a los avatares racionalizantes y eurocentristas.

Precisamente, esa es la apuesta del quinto esquema de análisis, que sobre la base de a estratégica de la deconstrucción, invita al análisis de la conciencia jurídica latinoamericana en complejidad y alteridad. Naturalmente, esta propuesta no invita al aislamiento analítico de las propuestas teórico jurídicas de ambientes como el latinoamericano, ya que ello reproduciría hipotéticamente las prácticas jerarquizantes objeto de fisura en el presente análisis. Al contrario, esta propuesta invita a que crear y dinamizar trazas textuales, en donde las diferentes expresiones teórico jurídicas se reconozcan *a sí* en alteridad y se entiendan como tales en el libre juego de la *differance*. Se pretende en esa dinámica, amilanar las prácticas homogeneizantes de reconocimiento y freaguar una apuesta por la apreciación de las realidades teórico jurídicas en complejidad.

CONCLUSIONES

Como lo afirma Bonilla (2009), los trasplantes teórico jurídicos son un catalizador para la transformación del Derecho en el mundo, y los ambientes latinoamericanos representan un nicho o tierra fértil para la generación de este tipo de procesos. La hibridez de nuestra cultura (Canclini, 1989) y la radiografía de nuestra histórica política, social y económica, dan testimonio de ello y así lo constatan. No obstante lo anterior, dicha condición no se constituye en razón ni motivo suficiente, para negar la existencia de la conciencia teórica que subyace en el hipertexto o el contexto de nuestra cultura jurídica.

Los procesos de invisibilización teórico jurídica, en un arduo y amplio trasegar de nuestra historia, se erigen como el común denominador, sin embargo, y como ha sido posible en otros escenarios epistemológicos, es posible fisurar dicha condición y dirigir esfuerzos analíticos destinados a su identificación, descripción, análisis, sistematización y reivindicación. Como se sostiene en el curso de este capítulo, la historia del pensamiento jurídico latinoamericano no reproduce las sinuosidades o avatares del pensamiento jurídico transnacional; Latinoamérica, bien sea en el decurso de los procesos de copia, transmutación o despliegue teórico jurídico, diseña la arquitectura de una historia y una conciencia jurídica propia.

De otra parte, se concluye que los estudios teórico jurídicos deben abandonar esa connotación abstracta y avocar su estudio hacia la determinación de la conciencia jurídica de cada cultura, con base en elementos extra e intra jurídicos. La teoría jurídica no representa un ejercicio racionalizante y abstracto. La teoría jurídica evidencia problemáticas y urgencias tan reales y prácticas como las derivadas de la organización del sistema de fuentes, la interpretación o la argumentación jurídica, para hacer mención de algunos de los debates de este escenario del conocimiento jurídico. Ahora, dichas urgencias, si bien tienen asidero en las expresiones de alta teoría (López, 2004), lo tienen igualmente en el obrar cotidiano de los sujetos teórico jurídicos de cada contexto. Así entonces, los análisis historiográficos de carácter teórico jurídico deben encontrar un punto de fuga a connotaciones o denotaciones de marcado acento positivista, para retomar como fuentes los tipos de razonamientos jurídicos prevalecientes, el papel de los jueces y de los abogados, la forma de enseñanza del derecho, la jerarquía de las instancias productoras de derecho, el análisis de los actores, símbolos, ideas y relaciones de poder existentes (García y Rodríguez, 2003). Si el análisis teórico jurídico es tomado bajo estos contornos,

indudablemente, nuestra cultura jurídica y nuestra conciencia de derecho, la caracterizarán su marcado acento de complejidad y heterogeneidad.

Interesa concluir igualmente en una contemporaneidad globalizada y glocalizada, son urgentes los esfuerzos teórico jurídicos que apuesten hacia el re descubrimiento de la conciencia jurídica latinoamericana y que hagan visibles sus supuestos y las orientaciones de estos contornos. Estos son pues, los supuestos básicos para la correcta planificación de nuestras instituciones jurídicas y de administración de justicia. Es de manifestar que el acoplamiento indiscriminado de instituciones ha permitido forjar una conciencia de derecho, sin embargo, la misma escapa a procesos de planificación previa, y esa es la razón por la cual, los efectos de ciertas reformas, en muchas ocasiones, no son los esperados. En ese sentido, se reafirma la tesis según la cual, los estudios teórico jurídicos no constituyen racionalizaciones históricas abstractas, por el contario, se erigen en herramientas operativas y prácticas para el direccionamiento de adecuados procesos de planificación y transformación, en donde los efectos producidos, sean los esperados.

Finalmente, a través de los planteamientos deprecados con anterioridad, se configura una carta de invitación, para que desde los diferentes contextos, se emprendan análisis de carácter teórico jurídicos, que analicen y sistematicen la conciencia jurídica de cada escenario sobre la base de la identificación de los procesos de copia, transmutación y despliegue teórico jurídico.

REFERENCIAS

Academia Colombiana de Jurisprudencia, (1996), *Pensamiento jurídico en Colombia. Libro del Centenario 1894 – (sept. 23 de) – 1994*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C Ltda.

Bloom, H., (1994), *The Western Canon*, New York: Harcourt Brace.

Bonilla D., (2009), *Teoría del derecho y transplantes jurídicos,* Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javerina.

Bourdieu P., (2000), *La Fuerza del Derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico*, Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre Editores.

Creswell, J. (2005). *Educational research: Planning, conducting, and evaluating quantitative and qualitative research*. Upper Saddle River: Pearson Education.

Derrida, J., (1971), De la gramatología. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Derrida, J., (1984), *La filosofía como institución*. Barcelona: Ediciones Juan Granica S.A.

Derrida, J., (1989), *La desconstrucción en las fronteras de la filosofía*, Barcelona: Editorial Paidos.

Derrida, J., (1990), Teoría Literaria y desconstrucción. Madrid: Arco/Libros S.A.

Derrida, J., (1995), *Espectros de Marx. El Estado de la Deuda, el Trabajo del duelo y la Nueva Internacional*, Madrid: Editorial Trotta.

Derrida, J., (1997), *Fuerza de ley. El "Fundamento Místico de la Autoridad",* Madrid: Editorial Tecnos S.A.

Derrida, J., (1998), *Políticas de la amistad seguido de El oído de Heidegger,* Madrid: Editorial Trotta S.A.

Dussel, E., (2002). *Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión.* Madrid: Editorial Trotta.

Esquirol, J. L, (2001), *At the Head of the Legal Family: René David, Chapter 8,* in Riles, A., (2001), *Re-Thinking the Masters of Comparative Law*, Oregon: Hart Publishing, Oxford, Portland.

Esquirol, J. L, (2003), *Continuing Fictions of Latin American Law*, in Florida Law Review, 31, 55 Fla. L. Rev. 41.

Esquirol, J. L, (2008), *The Failed Law of Latin America*, in: American Journal of Comparative Law, 56 Am. J. Comp. L. 75

Esquirol, J. L, (2011), *The Turn to Legal Interpretation in Latin America*. American University International Law Review 26 no. 4: 1031-1072.

Esquirol, J. L, (2012), *Latin America*, in: Oxford Handbook Of The History Of International Law, Oxford University Press.

Esquirol, J. L,, (2013), *Legal Latin Americanism*, in: Yale Human Rights and Development Law Journal 145.

Esquirol, J., (1997). "The fictions of Latin American Law (Part I)", in: *Atah Law Review,* 425.

Esquirol, J., (2014), *Las ficciones del derecho latinoamericano,* Bogotá: Siglo del Hombre.

García Canclini, N., (1995), *Consumidores y Ciudadanos. Conflictos Multiculturales de la Globalización*, México D.F.:Editorial Grijalbo.

García Canclini, Néstor (1989). *Culturas híbridas: Estrategias para entrar y salir de la modernidad*. México: Grijalbo.

García M., Rodríguez César, (2003), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos,* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

Guba, E., Lincoln, Y. (2002). *Paradigmas en competencia en la investigación cualitativa.* Compilación de Denman, C., y Haro, J. A. Por los rincones. Antología de los métodos cualitativos en la investigación social, p. 113 – 145. Sonora: Colegio de Sonora.

Kunz, J., (1950), *Latin American Legal Philosophy*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

López, D., (2003), *Kelsen, Hart y Dworkin en Bogotá: condiciones de posibilidad de una filosofía local del derecho,* en: Rujana M., (2003), *Teoría jurídica. Reflexiones críticas,* Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad Libre.

López, D., (2004), *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica Latinoamericana*, Bogotá: Legis.

López, D., (2005), *Kelsen, Hart y Dworkin en Hispanoamérica: condiciones de posibilidad de una filosofía local del Derecho,* en: Cáceres E., Flores I., Saldaña J., Villanueva E., (2005), *Problemas contemporáneos de la filosofía del Derecho,* México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Salgado Lévano, A. (2007). *Investigación cualitativa, diseños, evaluación del rigor metodológico y retos*. En: Revista Liberabit: Lima (Perú) 13: 71-78, 2007.

Sandoval Casilimas, C. A, (1996). *Investigación cualitativa*. Bogotá: Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior ICFES.

Santos B., García M., (2001), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia.* Bogotá: Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre, ICAH, CES, Colciencias.

Sañudo Torres, J. R., (1894), *La expiación de una madre*, Pasto: Tipografía de Alejandro Santander.

Sañudo Torres, J. R., (1975), *Estudios sobre la vida de Bolívar,* Pasto: Editorial Bedout S.A.

Sañudo, J. R., (1928), *Filosofía del Derecho*, Pasto: Imprenta Departamental.

Twinning, W., (2009) *Globalization and legal scholarship,* Tilburg Law Lectures Series, Montesquieu seminars volumen 4, Tilburg: Wolf Legal Publishers WLP.

Vidal R., (2003), *Propuestas para una ciencia social del derecho,* en: García M., Rodríguez César, (2003), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos,* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

DESARROLLO DE LAS COMPETENCIAS JURÍDICAS COGNITIVAS EN UN AMBIENTE VIRTUAL DE APRENDIZAJE

Carlos Eduardo López Dávila[1]

RESUMEN

El capítulo presenta uno de los resultados principales de la ejecución de un proyecto orientado a la creación, implementación y validación de un Ambiente Virtual de Aprendizaje (AVA) bajo el nombre de Jurispedia para facilitar la enseñanza y el aprendizaje complementarios, durante el tiempo independiente de los estudiantes, de las asignaturas de derecho en los programas académicos en los que estas no constituyen el objeto central de estudio, como sucede en los programas de la Facultad de Ciencias Administrativas y Contables de la Institución Universitaria CESMAG en la ciudad de Pasto. Con fundamento en los principios del constructivismo, uno de los énfasis de Jurispedia fue el desarrollo de competencias jurídicas cognitivas por medio de recursos virtuales estructurados a través de los Objetos Virtuales de Aprendizaje (OVA), los que integraron contenidos, ilustraciones, animaciones de aprendizaje y evaluación del aprendizaje en cada uno de ellos, los que debían ser revisados, estudiados y resueltos por los estudiantes en forma previa durante el tiempo independiente para su profundización y contextualización en las clases presenciales.

PALABRAS CLAVE: Enseñanza del Derecho, Educación virtual, Ambiente Virtual de Aprendizaje, Objetos Virtuales de Aprendizaje, Constructivismo.

1 El autor es abogado ambientalista de la Pontificia Universidad Javeriana, docente investigador asignado a la Vicerrectoría de Investigaciones de la Institución Universitaria CESMAG e integrante del grupo de investigación Modelos Pedagógicos. Correo electrónico: celopez@iucesmag.edu.co.
El capítulo es producto del proyecto de investigación "Implementación y Validación de un Ambiente Virtual de Aprendizaje para la Enseñanza Complementaria del Derecho en Tiempo Independiente en la Facultad de Ciencias Administrativas y Contables de la Institución Universitaria CESMAG", implementado entre 2013 y 2014.

ABSTRACT

This paper presents one of the main results of the implementation of a project for the creation, implementation and validation of a Virtual Learning Environment (AVA) under the name of Jurispedia, designed to provide complementary teaching and learning –during independent time of the students- in the study of law in academic programs, where law is not the main field of study, as it happens in the programs of the Faculty of Administrative and Accounting Sciences in the CESMAG University in the city of Pasto. Based on the principles of constructivism, one of the Jurispedia's emphasis was the cognitive development of legal competence with structured virtual resources through Virtual Learning Objects (OVA), which integrate content, illustrations, learning animations and learning assessment in each one, which should be reviewed, studied and solved by students during independent time for its deepening and contextualization in the classroom sessions.

KEYWORDS: Teaching law, virtual education, Virtual Learning Environment, virtual learning objects, Constructivism.

INTRODUCCIÓN

El proyecto desarrollado, con el producto final denominado Jurispedia, partió del reconocimiento de la necesidad de que los estudiantes de los programas administrativos y contables, en los cuales las asignaturas jurídicas no constituyen el objeto principal de estudio, pudieran contar con competencias jurídicas básicas que les permita un desenvolvimiento académico y profesional acorde con su rol social, necesidad que contrasta con la comprobación de que el manejo corriente de conceptos y contenidos jurídicos por parte de la mayoría de los estudiantes resulta deficiente y limitado, o sea que no deviene en aprendizaje significativo.

El proyecto tomó en cuenta dos contextos de carácter global y dos de carácter particular: El primer contexto global es el de la necesidad de construir un sistema pedagógico orientado al aprendizaje significativo por parte de los estudiantes con fundamento en los postulados del constructivismo.

El segundo contexto global es el de la importancia de las tecnologías de la información y la comunicación en la educación actual, bajo sus diversas modalidades, es decir, con programas académicos de formación virtual exclusiva, con programas de

formación semipresencial y con programas presenciales donde las TIC juegan un papel complementario de apoyo y aprendizaje.

Los dos contextos particulares, el primero, el de la necesidad de desarrollar por medios virtuales un sistema para reforzar el proceso de aprendizaje de las asignaturas de derecho en los programas en que ellas no constituyen el objeto primordial de estudio, y el segundo, la necesidad de que el currículo virtual fuera de carácter complementario en relación con el aprendizaje presencial y en el tiempo independiente de los estudiantes, se inscriben en la apreciación y experiencia del investigador principal de las condiciones encontradas en la Institución Universitaria CESMAG con los estudiantes de las asignaturas jurídicas de los programas mencionados.

Finalmente, para el diseño instruccional fue necesaria el uso de un software de autor que se complementara con el de creación del AVA y que permitiera el diseño de un conjunto de Objetos Virtuales de Aprendizaje (OVA) en calidad de unidades didácticas, los que tienen ciertas características: *accesibilidad*, *reusabilidad, interoperabilidad y durabilidad*.

1. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Los resultados del proyecto de Jurispedia, en cuanto hace a las *competencias jurídicas cognitivas* tuvieron relación directa con dos categorías del proyecto: la de los *procesos cognitivos* y la de la *evaluación*, y es en esta dirección que continúa la exposición.

1.1. Constructivismo y aprendizaje

De acuerdo con César Coll (2007), el aprendizaje contribuye al desarrollo en la medida en que aprender no es copiar o reproducir la realidad, pues aprendemos cuando somos capaces de elaborar una representación personal sobre un objeto de la realidad o contenido que pretendemos aprender. El aprendizaje supone entonces la atribución de un significado personal a algo que ya existe, a un conocimiento que ya está culturalmente establecido.

De esta forma, la ayuda que recibe el alumno se sitúa en la *Zona de Desarrollo Próximo* del alumno, o sea, entre el nivel de desarrollo efectivo y el nivel de desarrollo potencial, zona en la que la acción educativa puede alcanzar su máxima incidencia, ya que la ayuda, la orientación que ofrece y la autonomía que permite, es la que hace

posible la construcción de significados por parte del alumno. El motor de todo este proceso hay que buscarlo en el sentido que el alumno le atribuye, ya que intervienen aspectos motivacionales, afectivos y relacionales que se crean y se ponen en juego a propósito de las interacciones que se establecen.

1.2. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación

De acuerdo con Rafael Bello (s.f.), se asiste en las últimas décadas, en todo el mundo, aunque en forma desigual, a la creación de un nuevo espacio social-virtual para las interrelaciones humanas en el área de la educación donde los avances en comunicaciones no se limitan a ser medios de información y comunicación.

Por ello se habla de un "aula sin paredes" con algunas características relevantes: No es presencial, sino representacional; no es proximal, sino distal; no es sincrónico, sino multicrónico y no se basa en recintos espaciales sino que depende de redes electrónicas cuyos nodos de interacción pueden estar diseminados por diversos países.

Para César Coll (2001) existe una nueva revolución industrial basada en la información que dota a la inteligencia humana de nuevas e ingentes capacidades, y constituye un recurso que altera el modo en que trabajamos y convivimos.

Las TIC tienen una potencialidad como "instrumentos psicológicos mediadores de las relaciones entre los elementos del triángulo interactivo", teniendo en cuenta que los recursos semióticos actúan como mediadores tanto de los procesos individuales del aprendiz, como de los procesos comunicativos y sociales implicados en el aprendizaje intencional, pero esta función mediadora varía en función de las propiedades específicas de cada uno de ellos.

La novedad reside en el hecho de que, a partir de la integración de los sistemas simbólicos clásicos (lengua oral, lengua escrita, lenguaje audiovisual, lenguaje gráfico, lenguaje numérico, etcétera), las TIC crean condiciones totalmente inéditas para operar con la información, representarla, procesarla, acceder a ella y transmitirla.

1.3. Los procesos de conocimiento

El conocimiento puede entenderse como el resultado de la adquisición de la comprensión de las cosas y que está integrado en los procesos síquicos. Por ello, cuando se habla

de la adquisición de conocimiento, se está haciendo referencia a lo que se entiende en términos generales por aprendizaje. De acuerdo con Allueva (2002):

> Siguiendo a Anderson (1990), haremos la distinción entre conocimiento declarativo y procedimental. La adquisición del conocimiento declarativo se produce cuando la nueva información activa la información relevante ya existente y se elaboran nuevas proposiciones que relacionan ambas, creando significado a través de estas conexiones; la recuperación del conocimiento declarativo se produce cuando una clave determinada activa un área de la red proposicional y esa activación se propaga a otras áreas relacionadas; la construcción de conocimientos surge cuando no se puede recuperar un conocimiento específico y se recurre a procesos lógicos para generar un nuevo conocimiento; esta adquisición puede mejorarse mediante elaboración y organización (p. 68).

Podría decirse que la adquisición del conocimiento declarativo tiene relación directa con los llamados procesos cognitivos, puesto que están en juego capacidades como la atención, la memoria, el pensamiento y el lenguaje comprensivo, mientras que la adquisición del conocimiento procedimental tiene relación más estrecha con los llamados procesos metacognitivos puesto que se adquieren reglas, patrones, destrezas, que son específicamente habilidades metacognitivas.

Así se encuentran los procesos cognitivos, que consiste en procesos tales como el aprendizaje, el razonamiento, la atención, la memoria, la resolución de problemas, la toma de decisiones y el procesamiento del lenguaje, y los procesos metacognitivos que se corresponden con la capacidad de "aprender a aprender", con habilidades tales como la planificación, las estrategias, la predicción, la regulación, el control, la verificación y la evaluación.

En cuanto a la relación entre estrategias cognitivas y estrategias metacognitivas, Osses y Jaramillo (2008) explican que:

> Las estrategias cognitivas apuntan a aumentar y mejorar los productos de nuestra actividad cognitiva, favoreciendo la codificación y almacenamiento de información, su recuperación posterior y su utilización en la solución de problemas. Las estrategias metacognitivas, en cambio, se emplean para planificar, supervisar y evaluar la aplicación de las estrategias cognitivas. Se infiere, por tanto, que las estrategias metacognitivas constituyen un apoyo para las estrategias cognitivas (p. 193).

En el contexto del proyecto se utilizaron cuatro habilidades cognitivas, que se correspondieron con la categoría de procesos cognitivos, a saber:

1. La formación de conceptos, hace referencia a la capacidad de construir el significado de una realidad material o inmaterial, estableciendo semejanzas y diferencias, reconociendo elementos, características y propiedades específicas del concepto en particular.
2. La resolución de problemas, tiene que ver con la capacidad de analizar varias opciones en más de un contexto, observando ventajas y desventajas, costos y beneficios y así poder tomar las decisiones correspondientes. Se trata de "los procesos y capacidades cognitivas que emprende el individuo para enfrentarse y resolver las situaciones problemáticas a través de la acción (Carretero y García, 1984)" (Cienfuegos, 2012, p. 24).
3. El pensamiento abstracto, es la capacidad de utilizar la representación simbólica o lógica, descomponiendo el todo en partes, aislando conceptualmente la propiedad concreta de un objeto, para analizar de forma simultánea distintos aspectos de una misma realidad, discerniendo propiedades comunes, ejemplificando y sacando conclusiones.
4. La transferencia, finalmente, puede entenderse como la capacidad de transferir el conocimiento o el aprendizaje a otras situaciones y contenidos distintos de aprendizaje y aplicación.

1.4. Categoría de procesos cognitivos

1.4.1. Formación de conceptos

El esfuerzo se dirigió a presentar y desarrollar conceptos básicos desde lo jurídico, sin el grado de profundidad utilizado para los estudiantes de la carrera de Derecho, pero si con el grado de contextualización necesario. A modo de ejemplo se revisarán los conceptos desarrollados en algunas diapositivas:

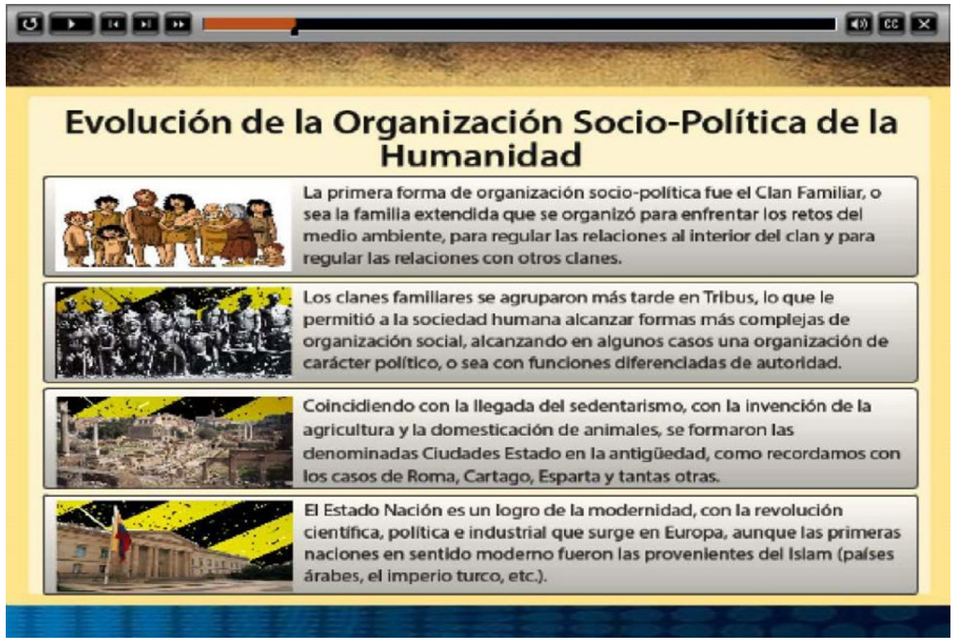


Figura 1. Formación conceptual: Evolución sociopolítica de la humanidad

En esta diapositiva se presentaron, en forma resumida, los cuatro estadios fundamentales de la *evolución sociopolítica de la humanidad*, desde el clan familiar hasta el Estado moderno, pasando por la tribu y la ciudad-estado. Se trata de que los estudiantes comprendan que esa entidad llamada Estado en la que vivimos no apareció de la noche a la mañana y que existió un largo proceso de organización y maduración institucional para llegar a su creación, estructura y organización.

También apuntaló la idea de que los diversos procesos civilizatorios que se han dado en la historia humana tuvieron un desarrollo similar en diversas partes del planeta, así no hubieran sido procesos simultáneos, como el caso de las civilizaciones americanas si se comparan con lo sucedido en Egipto y China en épocas pretéritas.

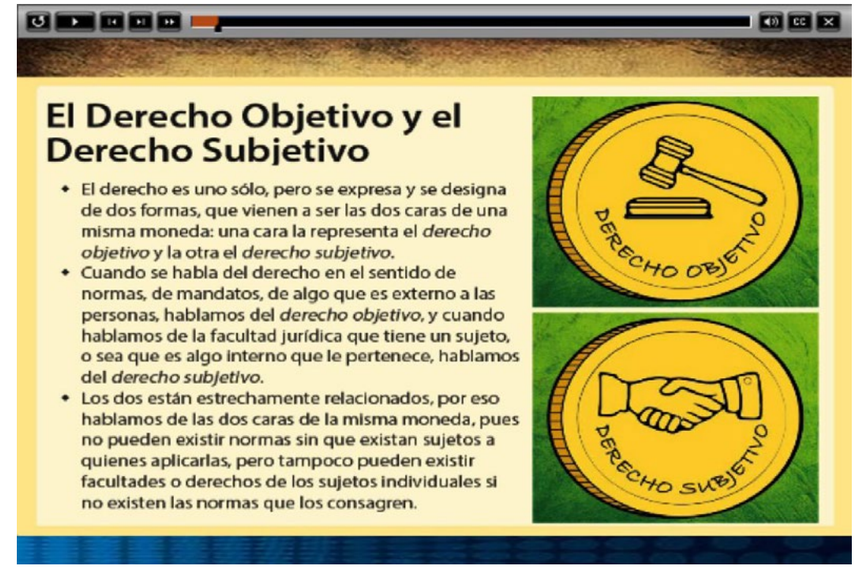


Figura 2. Formación conceptual: Derecho objetivo y derecho subjetivo

El tema desarrollado aquí fue de suma importancia en la cátedra de Introducción al Derecho pues se dirigió a demostrar la unidad esencial del derecho, el cual está formado por dos caras que se ejemplifican como las caras de una misma moneda: el derecho objetivo y el derecho subjetivo, uno de ellos externo e independiente de los sujetos de derecho, y el otro atribuido a cada uno de nosotros cuando es el caso, en forma de derecho o deber, o sea como facultad u obligación.

Este concepto se complementó con un cuadro en dos columnas con la presentación de ejemplos de la correspondencia esencial entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo y en el que se presentaron 6 situaciones diferenciadas: una disposición estatal obligatoria (los impuestos), dos actos jurídicos bilaterales (contrato de trabajo y de arrendamiento), un acto jurídico unilateral (el otorgamiento de un testamento), un acto jurídico unilateral penado por la ley (delito) y una norma procesal que reconoce derechos a las personas sometidas a un juicio por la comisión de un delito.

En la clase presencial que repasó y reforzó estos contenidos, se les invitó a los estudiantes a formular sus propios ejemplos, con una dinámica a partir de preguntas como las siguientes:

- ¿Cuándo ustedes toman un bus de transporte público urbano o intermunicipal, o se suben a un taxi, están celebrando algún tipo de acto jurídico, algún contrato?

- ¿Ese acto necesita constar por escrito para que sea válido o puede ser verbal?

- ¿Cómo se denomina ese tipo de acto jurídico o contrato? ¿Y entre quienes se celebra: ¿entre la empresa de buses y el usuario, o entre el conductor y el usuario?, ¿entre el dueño o el conductor del taxi y el usuario, o entre la empresa de taxis y el usuario? ¿Hay alguna diferencia entre esos casos?

- Cuando los estudiantes respondieron que el contrato era un "contrato de transporte", y lograron responder o se les guió a la comprensión de que en el caso del transporte público urbano el contrato se celebra con la empresa de transporte y en el del taxi, con el conductor del vehículo, se les preguntó si creen o conocen que existen normas jurídicas que regulan estos contratos – leyes, decretos, resoluciones, acuerdos, etc. – y con ello se puso en evidencia la existencia del derecho objetivo.

- A continuación se pasó a interrogar sobre los derechos y obligaciones principales que tienen los transportistas y los usuarios, y una vez completado el cuadro, resultó claro que es en estas relaciones donde hace su presencia el derecho subjetivo.

Un desarrollo conceptual similar se da en el caso de la explicación del derecho subjetivo, al exponer que por cada prestación u obligación existe un sujeto activo y un sujeto pasivo, también como las dos caras de una moneda: el sujeto activo es quien tiene la facultad o la posibilidad del ejercicio de un derecho y el sujeto pasivo es quien tiene el deber u obligación de cumplimiento.

Y es que lo anterior se presenta en todas las fuentes de las obligaciones, incluyendo los actos unilaterales, como cuando por acción delictiva o negligente se causa daño a la propiedad de un tercero o a otra persona, lo que convierte en sujeto activo a la víctima y en pasivo al victimario o causante del daño, solo que en los actos unilaterales, y por eso se llaman así, sólo uno de las partes o sujetos resulta obligado, el sujeto pasivo, a diferencia de los actos bilaterales donde existen obligaciones recíprocas para las dos partes o sujetos.

En el caso de las obligaciones por el ministerio de la ley, como en el caso de los impuestos, del servicio militar obligatorio, por poner dos ejemplos clásicos, el obligado en principio es el ciudadano a quien se dirige la norma, pero también el Estado tiene obligaciones correspondientes para comunicar y facilitar el cumplimiento de la norma.

En el siguiente ejemplo se desarrolló el concepto de la ley en sentido formal, o sea el de la norma jurídica que en Colombia es expedida exclusivamente por el Congreso de la República, presentando las tres clases de leyes que existen en el país de acuerdo con la Constitución Política vigente.

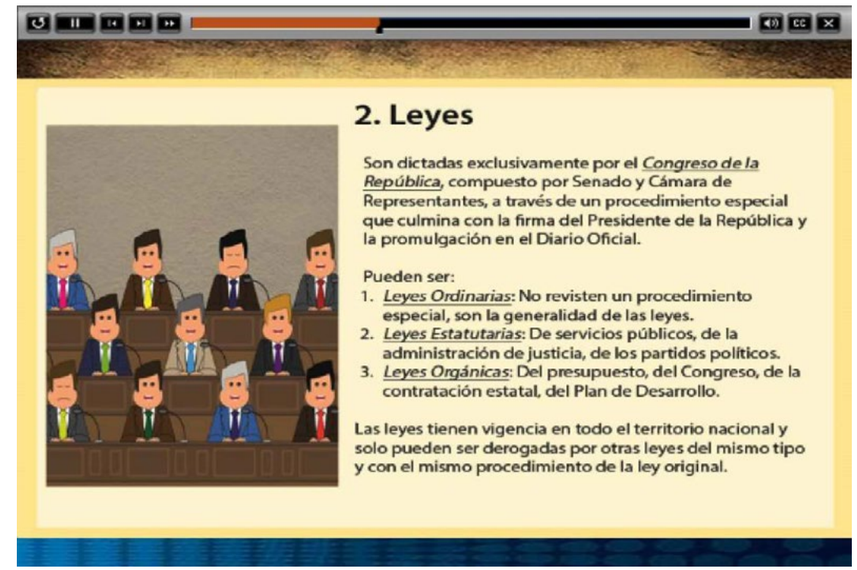


Figura 3. Formación conceptual: Las leyes

Este tema, junto con el de los demás tipos de normas en Colombia, puede complementarse con un trabajo escrito individual, para que cada estudiante pueda tener contacto directo con normas de diversa categoría y alcance, sobre todo las de contenido económico, tributario y presupuestal, cercanas al quehacer de contadores y administradores.

Otra diapositiva desarrolló el tema de las características inherentes a los derechos humanos, para resaltar que se trata de derechos indisolublemente ligados con cada sujeto de derecho y que a diferencia de la mayoría de los derechos subjetivos de contenido patrimonial, no pueden cederse, ni renunciarse, ni revocarse, siendo univer-

sales e igualitarios, de modo que su titularidad y su ejercicio no dependen de condiciones sociales más o menos favorables, ni de edad, sexo, grupo étnico, condiciones físicas, riqueza o pobreza, entre otros aspectos.

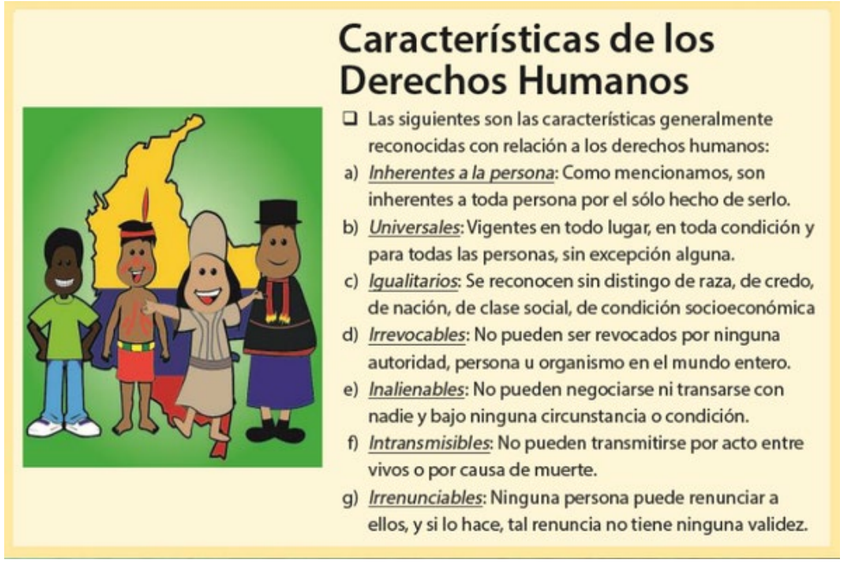


Figura 4. Formación conceptual: Características de los Derechos Humanos

El vacío en la formación previa que tienen la mayor parte de los estudiantes en los temas jurídicos y constitucionales, hace indispensable realizar un énfasis especial en la idea de la importancia del respeto y el ejercicio de los derechos humanos por parte de cada persona, de cada sujeto de derecho, por el sólo hecho de serlo.

1.4.2. Resolución de problemas

Este aspecto fue desarrollado en las clases presenciales a través de actividades específicas, tipo taller, como el caso de la redacción de derechos de petición, de redacción y fundamentación de una acción de tutela, entre otros. En la plataforma virtual este aspecto se desarrolló en forma indirecta, como en el caso de la siguiente diapositiva sobre una acción constitucional para la protección de los derechos:

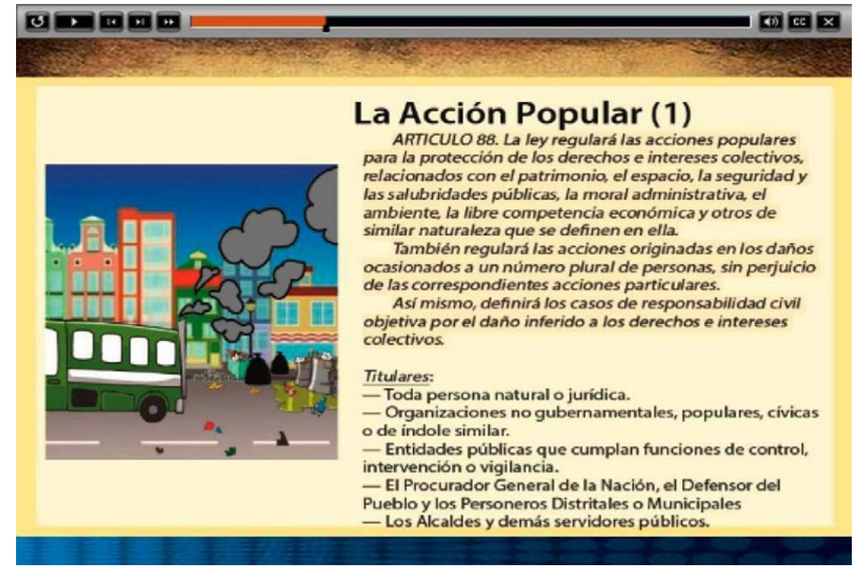


Figura 5 . Resolución de problemas: La acción popular

Aquí se presentaron las características, los requisitos, las condiciones y el trámite general del ejercicio de la acción popular para la defensa de los derechos de tercera generación, los denominados derechos colectivos o del ambiente. En otros casos se incluyeron derechos y obligaciones en contratos como el de trabajo, el de arrendamiento y el de compraventa.

1.4.3. Pensamiento abstracto

Este fue uno de los aspectos más desarrollados en términos cognitivos en los OVA del proyecto, partiendo de la comprensión de que la representación adecuada de un fenómeno particular de carácter jurídico, requiere de su adecuada ubicación en la categoría correspondiente.

Por ejemplo, conceptos que presentan las características del derecho objetivo y del derecho subjetivo, conllevan un nivel importante de abstracción, al igual que los temas que presentan las fuentes de los dos tipos de derecho, los tipos de normas jurídicas, las clases de bienes materiales e inmateriales, la estructura y organización del estado, etc.

Es el caso de lo desarrollado en las cuatro diapositivas que se presentan a continuación sobre las características del derecho objetivo, lo que demuestra un ejercicio básico de construcción de una categoría jurídica con un nivel básico de abstracción, pero acompañada de una clara ejemplificación, lo que facilita la comprensión práctica de la categoría en consideración.

Para la exposición del tema se tomaron en cuenta las cuatro características principales del derecho objetivo: *la generalidad, la imperatividad, la alteridad y la coercibilidad*.

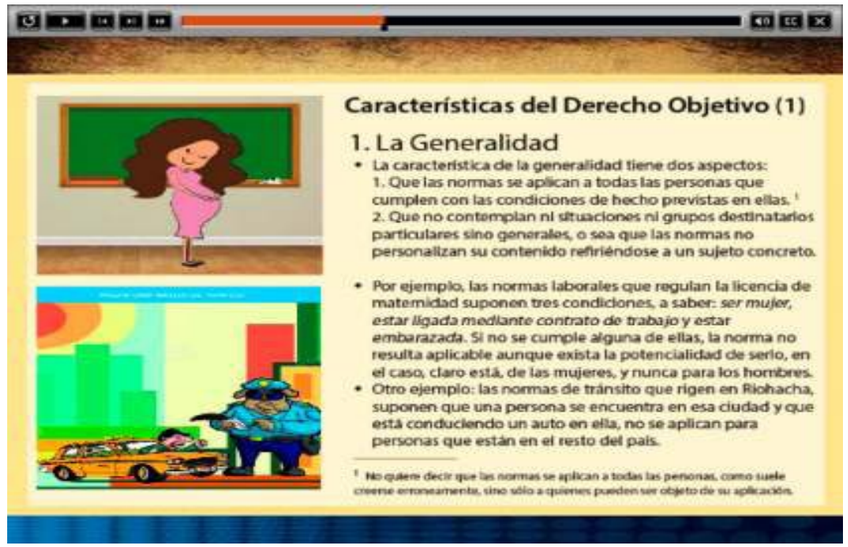


Figura 6. Pensamiento abstracto: características del derecho objetivo - generalidad

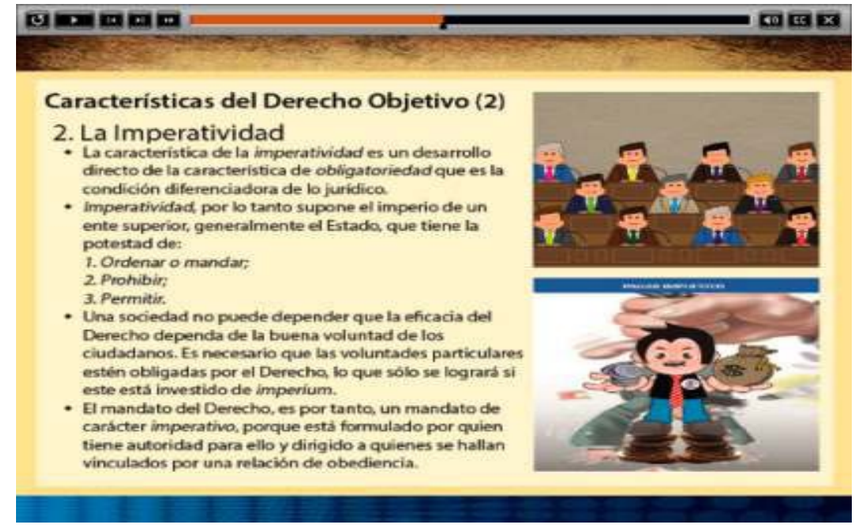


Figura 7. Pensamiento abstracto: características del derecho objetivo - imperatividad

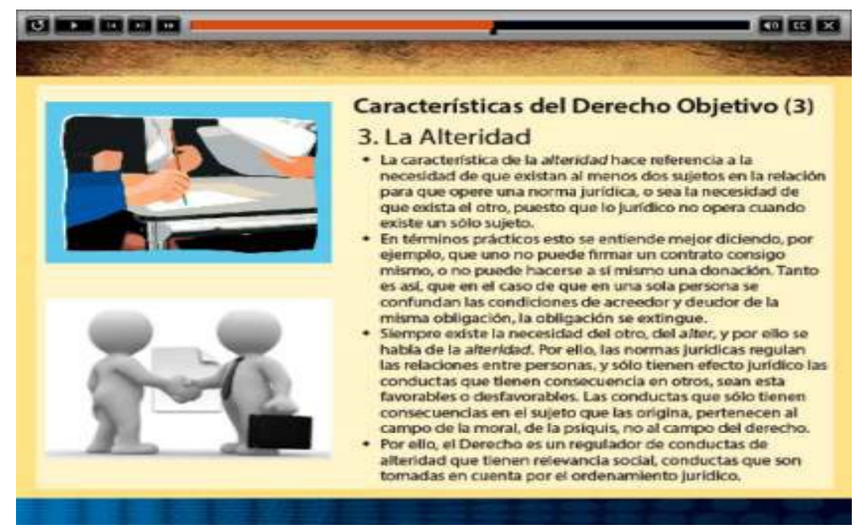


Figura 8. Pensamiento abstracto: características del derecho objetivo - alteridad

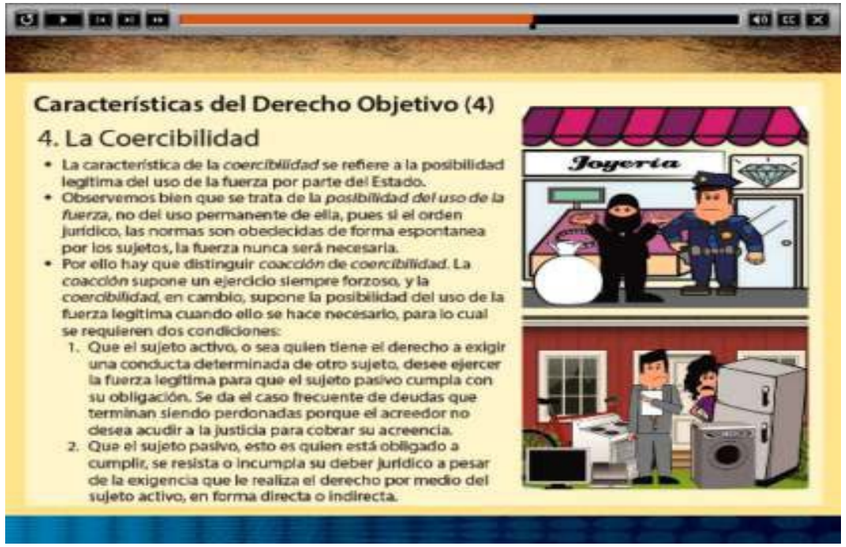


Figura 9. Pensamiento abstracto: características del derecho objetivo – coercibilidad

1.4.4. Transferencia

En la implementación de Jurispedia se buscó fortalecer la capacidad de ejemplificar y de solucionar situaciones por medio de la analogía, o sea la de aplicar un conocimiento o solución a una situación similar, aunque en realidad esta capacidad se adquiere como consecuencia de las actividades de formación de conceptos y abstracción.

1.5. Categoría de evaluación

Para completar el ciclo de desarrollo y aplicación de las competencias jurídicas cognitivas, es necesario tomar en cuenta también dos elementos de la categoría de evaluación, a saber: las animaciones de aprendizaje y las pruebas de comprensión de los contenidos, puesto que las dos forman parte integral de los Objetos Virtuales de Aprendizaje (OVA).

1.5.1. Animaciones de aprendizaje

El software para la utilización de los Objetos Virtuales de Aprendizaje (OVA), como en general todo el software similar de autor, incluye la posibilidad de incluir una serie de objetos especiales en calidad de herramientas didácticas o lúdicas, que apoyan de forma efectiva el aprendizaje. En las unidades didácticas de Jurispedia, se incluyeron las siguientes:

- Ejercicio de “Arrastrar - Colocar”.
- Diagrama de “Ciclos”.
- Juego de “Millonario”.
- Juego de “Memoria”
- Juego de “Rompecabezas”.
- Juego de “El ahorcado”.
- Juego de “Sopa de letras”.
- Juego de “Atrapar caracteres alfanuméricos”.

1.5.2. Pruebas

Las pruebas diseñadas consistieron en preguntas de diferente tipo al final del estudio de cada unidad educativa o de cada Objeto Virtual de Aprendizaje (OVA). Se trató de cinco preguntas que se enfocaron en resaltar los aspectos esenciales de la unidad estudiada, permitiéndole al estudiante realizar todos los intentos necesarios para contestar en forma correcta las preguntas y así obtener el puntaje máximo previsto (50 puntos).

De esta forma, la evaluación se concibió exclusivamente como herramienta de aprendizaje sin incluir ningún aspecto sancionatorio en cuanto al resultado en sí mismo. A continuación se presentan ejemplos de las pruebas de evaluación en los OVA:

✓ **Tipo de pregunta 1: Llenar espacios en blanco.**

- *Pregunta: El Estado es la organización jurídica y política de la _____.*

Esta diapositiva correspondió al tipo de pregunta para rellenar uno o más espacios en blanco, con la finalidad que el estudiante pueda recordar o revisar, si es el caso, la respuesta correcta y reafirmar una definición importante presentada en las diapositivas conceptuales, en este caso la definición del Estado. La respuesta correcta en es la de “Nación”. Hay que anotar que entre las opciones que se configuraron como correctas, se incluyó la palabra sin tilde, para cubrir posibles errores ortográficos sin que su ocurrencia invalidara la respuesta.

✓ **Tipo de pregunta 2: Respuesta completa.**

- *Pregunta: ¿Cuáles son las tres clases de normas que existen en sociedad? (Escriba su respuesta separada por comas).*

Se trata de una pregunta para llenar, no una palabra sino una frase completa, en este caso con los tres tipos de normas existentes en la sociedad: "las normas morales, las normas sociales y las normas jurídicas", en cualquier orden en que se escriban. Hay que anotar que no son muy extendidas las oportunidades para incluir este tipo de pregunta, puesto que sólo cabe su formulación cuando los conceptos son fácilmente recordables o enumerables como en el caso anterior, en el que el único tema estudiado en la unidad didáctica fue el de las tres clases de normas existentes en la sociedad humana.

- ✓ **Tipo de pregunta 3: Falso – Verdadero**
- *Pregunta: Los bienes en general son de dos clases: materiales o corporales, e inmateriales o incorporales.*

Este tipo de pregunta corresponde al esquema más sencillo, el de la opción de "falso o verdadero", con el propósito de afirmar un concepto, en el caso en que la respuesta correcta fuera la de "verdadero", o el de eliminar una confusión frecuente con una respuesta que tiene los visos de verdadera sin serlo, cuando la opción acertada fuera la de "falso". En este caso, la opción correcta es la de "verdadero" y con ello se reafirma la clasificación más importante en cuanto a los bienes o cosas en el derecho.

- ✓ **Tipo de pregunta 4: Opción múltiple con una respuesta posible**
- *Pregunta: ¿Cómo debe entenderse el concepto de facultad del derecho subjetivo?*
  - A) Como una obligación a cargo del sujeto activo
  - B) Como una obligación a cargo del sujeto pasivo
  - C) Como un derecho exclusivo del Estado
  - D) Como la posibilidad que tiene el sujeto de ejercer un derecho

Este tipo de pregunta es el más conocido, con 4 opciones de respuesta posible, siendo sólo una de ellas la correcta, (en este caso, la opción D). Con esta pregunta se pretendió reforzar la idea central que subyace a los derechos subjetivos: la de que la facultad que tiene el sujeto activo o acreedor de un derecho consiste en la posibilidad de su ejercicio, como en el caso de una acreencia dineraria o el de una prestación de dar, hacer o no hacer por parte de otro sujeto a su favor.

- ✓ **Tipo de pregunta 5: Opción múltiple con dos respuestas posibles**
- *Pregunta: ¿Cuáles son los fines principales del Estado Social de Derecho? Marque las dos respuestas correctas:*

  - A) La supresión de la propiedad privada, causa de todas las desigualdades
  - B) La compensación de las desigualdades con la igualdad de oportunidades
  - C) La integración social de los menos favorecidos
  - D) La superación de las causas del conflicto armado

Ese tipo de pregunta es una variante del tipo de pregunta de opción múltiple, pues aquí son dos las opciones correctas que deben ser marcadas en lugar de una sola. Las opciones correctas para esta pregunta son la segunda y la tercera. La finalidad fue la de consolidar dos de las ideas fundamentales del significado del "estado social de derecho", uno de los aspectos centrales que deben ser comprendidos por los estudiantes en su agenda de formación jurídica básica durante el semestre, lo que conlleva ventajas formativas y profesionales.

- ✓ **Tipo de pregunta 6: Asociación de elementos**
- *Pregunta: Asocie los siguientes hechos con la clase de acción constitucional a la que corresponden:*
  - Contaminación ambiental
  - Falta de atención en una EPS
  - Invasión del espacio público
  - Incumplimiento de mandato legal
  - Violación del derecho al trabajo
  - A) Acción de tutela
  - B) Acción de cumplimiento
  - C) Acción popular o de grupo

Este tipo de pregunta es muy útil y fue utilizado en casi todos las unidades de Jurispedia, pues permite, mediante el ejercicio de la asociación, afirmar la comprensión adquirida sobre un tema en particular y brinda también la oportunidad de revisar lo estudiado si existe algún error en las respuestas escogidas por el estudiante.

CONCLUSIONES

La implementación y validación de Jurispedia demostró que su principal potencialidad de aplicación e incidencia positiva reside en su calidad de sistema complementario a la enseñanza presencial del derecho, sobre todo si se realiza durante el tiempo independiente de los estudiantes en forma previa, lo que permite que en el aula se pueda contextualizar, conceptual y prácticamente, el aprendizaje realizado en forma pertinente y significativa.

El proyecto se orientó a responder en un grado importante a los retos provenientes del constructivismo en los entornos virtuales, sobre todo en los aspectos cognitivos y metacognitivos, para facilitar a los estudiantes el logro de un aprendizaje significativo y la asunción de sus propios procesos de aprendizaje. Para ello resultó importante el diseño de recursos virtuales estructurados, pues estos permitieron a los estudiantes familiarizarse fácilmente con los contenidos didácticos y obtener un buen provecho de sus posibilidades.

En síntesis, la implementación y validación de Jurispedia fue exitosa pues tanto los indicadores cuantitativos como cualitativos arrojaron resultados positivos que sirven de referencia para su implementación posterior, tanto en los programas contables y administrativos como en otros con necesidades análogas, incluso para el programa de Derecho, en el primer semestre, en concurrencia con la asignatura de Introducción al Derecho, pues Jurispedia está diseñado para recrear el *juego jurídico básico*, para que los estudiantes superen vacíos en la comprensión jurídica inicial.

REFERENCIAS

Allueva, P. (2002). Conceptos básicos sobre metacognición. En P. Allueva, *Desarrollo de habilidades metacognitivas: programa de intervención* (págs. 59-85). Zaragoza: Consejería de Educación y Ciencia. Diputación General de Aragón.

Bello, D. (s.f.). Educación Virtual: Aulas sin Paredes. (Comunidades Virtuales de Aprendizaje Colaborativo, Ed.) Recuperado de: http://www.educar.org/articulos/educacionvirtual.asp

Cienfuegos, A. (2012). Desarrollo de Procesos Cognitivos. (B. Fundación Universitaria del Área Andina, Ed.) Recuperado de: https://es.scribd.com/doc/134713579/Desarrollo-de-Procesos-Cognitivos-pdf

Coll, C. (agosto, 2004). Psicología de la educación y prácticas educativas mediadas por las tecnologías de la información y la comunicación. Una mirada constructivista. *Revista Electrónica Sinéctica* (25), 1-24. Recuperado de: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=99815899016

Coll, C., & Monereo, C. (Edits.). (2007). *El Constructivismo en el Aula* (18ª ed.). Barcelona: Editorial Grao. Biblioteca de Aula | 111

Osses, S. & Jaramillo, S. (julio, 2008). Metacognición: un camino para aprender a aprender. *Estudios Pedagógicos, 34*(1), 187-197. Recuperado de: http://mingaonline.uach.cl/pdf/estped/v34n1/art11.pdf

PARTE II

DEBATES SOBRE DERECHO PRIVADO Y DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RELACIÓN SOCIEDAD-ADMINISTRADORES: DISCUSIONES SOBRE LA REMOCIÓN

Omar Alfonso Cárdenas Caycedo[1]

RESUMEN

Las sociedades comerciales conviven con el denominado "conflicto de agencia", por cuanto los administradores desempeñan su labor no con recursos propios, sino con los recursos económicos de la sociedad, lo que puede generar eventuales "conflictos de intereses". Lo anterior ha llevado a una especial regulación en torno a la relación jurídica entre administradores y la sociedad. Ahora bien, el fenómeno de la constitucionalización del Derecho Privado, ha influido en el tema, al punto que varios pronunciamientos de la Corte Constitucional han estudiado los derechos en juego. Sin embargo, cuando los administradores se vinculan a la sociedad a través de una relación laboral, surgen dudas sobre el marco general que regularía la relación sociedad-administrador, cuando éste se encuentra gozando de algún fuero de los contemplados en la ley y reforzados constitucionalmente por la jurisprudencia. El presente capítulo presenta el debate en el escenario de la colisión de principios, y una posible respuesta al problema.

PALABRAS CLAVE. Sociedad comercial, administradores, relación administradores-sociedad, conflicto de agencia.

ABSTRACT

Commercial companies must deal with the so-called "agency conflict", because managers do not do their work with their own resources, but with the economic resources of the company, causing in some cases a "conflict of interest". This situation, has led to a special regulation concerning the legal relationship between managers and

1 Abogado grado de honor y egresado distinguido Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Procesal Civil y Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Abogado Conciliador. Director de Consultorios Jurídicos. Docente tiempo completo adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Director del grupo de investigación CEJA (Centro de Estudios Jurídicos Avanzados) de la misma Facultad. Correo Electrónico: omalca-udenar@hotmail.com. El presente capítulo es producto del trabajo adelantado al interior del Grupo de Investigación Centro de Estudios Jurídicos Avanzados – CEJA – Categoría C Colciencias, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

companies. However, the phenomenon of constitutionalization of Private Law, has influenced the dynamics of this conflict, where, for example, several judgements of the Constitutional Court have studied the rights at stake. When the manager has regulated his activity through a laboral relationship, doubts arise on the legal framework that would regulate the company-manager relationship, when he is enjoying a laboral privilege prescripted by the law and the constitution, reinforced by jurisprudence. The present paper attempts to present the debate on the collision of principles and propose a possible answer to the problem.

KEYWORDS. Corporation, managers, manager-corporacion relationship, agency conflict.

INTRODUCCIÓN

El mundo del Derecho Societario estudia diferentes relaciones jurídico-económicas, entre el ente societario y los terceros, los trabajadores, los socios, los socios entre sí, etc., lo que muestra la realidad indeleble de la persona jurídica societaria: una convergencia de diferentes intereses. Una relación jurídica de profundo estudio es la surgida entre la sociedad y los administradores o agentes puesto que éstos quedan automáticamente inmersos en lo que se denomina "un conflicto de agencia", por cuanto administran recursos que no les pertenecen, y que eventualmente puede llevarlos a interponer sus intereses personales a los intereses de los demás actores que gravitan en torno a la sociedad comercial. La legislación se ha preocupado por establecer controles a los administradores, los estatutos societarios limitan sus actuaciones y pueden, igualmente, sumar aún más controles; incluso la jurisprudencia ha virado su atención frente a la citada relación jurídica-patrimonial. Sin embargo, la relación de confianza y con un claro *intuitu personae* que existe entre la sociedad y sus administradores, se puede ver enfrentada a los derechos de éstos cuando el vínculo contractual escogido es el propio de la relación laboral, la cual se encuentra gobernada por las reglas y principios del derecho laboral, por definición, protectores del trabajador.

El código de comercio atendiendo a los efectos de ese vínculo existente entre sociedad-administrador, plantea prácticamente la ausencia de estabilidad laboral, contemplando que podrá ser removido en cualquier tiempo. Esta regulación choca con los principios constitucionales del derecho laboral, en especial frente a trabajadores que cuentan con un plus de protección, tales como las personas con enfermedades terminales o catastróficas diagnosticadas.

Para enfrentar el debate se plantea el siguiente recorrido: (i) Se estudiará la relación sociedad-administrador, desde los postulados de la escuela del Análisis Económico del Derecho (AED en adelante); (ii) Se revisará la postura de la Corte Constitucional sobre las normas del código de comercio que limitan la estabilidad laboral de administradores; (iii) Se revisará la protección constitucional y legal otorgada a los trabajadores con enfermedades terminales diagnosticadas, y (iv) se analizará los principios y las implicaciones económicas en juego.

1. LA RELACIÓN SOCIEDAD-ADMINISTRADOR DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

El profesor Stephen Bainbridge aduce que es imposible encontrar estudios serios en el ámbito del derecho societario sin un punto de referencia a la escuela del análisis económico del derecho (Reyes, 2012). Lo que ha llevado al mismo profesor, junto con William Bratton a mencionar que el paradigma imperante en el mundo societario es la teoría económica de la sociedad. En virtud de ello Bainbridge establece que la perspectiva económica del ente societario se dilucida a través de tres componentes: "que no son otros que la teoría del nexo contractual societario ("*corporation as a nexus of contracts*"), el análisis de la reducción de costos de contratación ("*transaction costs*") y, por último, los denominados costos de mandato ("*agency costs*") (Reyes, 2012, p. 25).

La relación sociedad-administrador se enmarca dentro de los costos de mandato o costos de agencia (*agency cost*), problema que nace de la discrepancia de intereses entre los administradores y los accionistas, tal como lo evidenciaron los primeros estudios del Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) de Adolf Berle y Gardiner Means (Reyes, 2012; Manasliski & Varela, 2009). Este problema se presenta básicamente por cuanto el ente societario funciona con los recursos inicialmente inyectados por los accionistas o socios, quienes son los que asumen los riesgos económicos y jurídicos de la operación societaria y del ejercicio del comercio del ente societario; sin embargo, la actividad económica del ente requiere de un grupo de administradores que no detentan necesariamente propiedad accionaria sobre la compañía, y de hacerlo será solo de una parte de la misma. En otras palabras el administrador a través de la sociedad comercial maneja unos recursos que no le pertenecen, o sólo parcialmente, lo que lo puede llevar a interponer sus intereses particulares a los de la persona jurídica. Así lo plantea la doctrina autorizada:

> Estos conflictos [entre accionistas-propietarios y directores-administradores] provienen de la separación de propiedad y control, de las asimetrías de la información entre las partes y de los diferentes derechos que tienen accionistas y gerentes sobre los resultados de la firma (Manaslisky & Vareal, 2009, p.50).

Lo anterior ha llevado a que se centre la atención del AED en establecer mecanismos de protección de los intereses de los accionistas, frente al actuar y los intereses individuales de los administradores. Esta confluencia de intereses y los riesgos que supone para el accionista o mandante, se ha denominado "conflicto o problema de agencia"[2] (Manaslisky & Varela, 2009).

A lo anterior debe sumarse que el mandatario o administrador cuenta con mayor información relevante que el accionista frente al negocio, lo que le otorga una considerable ventaja, dentro de un típico problema de información asimétrica. Lo antedicho conduce, inevitablemente, a la producción de costos: o bien por las labores negligentes del mandatario, o por su abuso o uso indebido, o bien por la necesidad de imponer controles (Reyes 2012).

El problema de agencia emerge al comprender que el administrador buscará para sí el mayor provecho o utilidad, si actúa como un agente racional dentro del juego económico, más aún cuando los recursos que administran no le pertenecen. En una relación ideal o utópica, el administrador antepondría sus propios intereses para salvaguardar los del accionista, sin embargo, en la práctica no se evidencia así, puesto que muchas veces el beneficio personal del administrador es su principal motor, o la causa de daños al patrimonio del ente societario (Castaño, 1999).

Los profesores Henry Hansmann y Reinier Kraakman, identifican tres posibles modalidades de los conflictos de agencia, a saber:

> En primer lugar se identifica el existente entre los intereses "oportunistas" de los administradores frente a los intereses de los accionistas. En segundo término, se resalta la dicotomía existente entre los intereses "oportunistas" de los accionistas mayoritarios en relación con las pretensiones de las minorías. En último término, se señala la confrontación que suele darse entre los intereses de los accionistas en contraposición a los de los terceros externos a la sociedad, tal como acreedores, empleados, etc. (Reyes, 2012, p. 35).

2 El profesor Francisco Reyes, tal vez el más significativo exponente en Colombia, los define así: "Aquello que los economistas clasifican como problemas del mandato ("agency problems"), en el sentido más genérico de la expresión, corresponde a las dificultades que surgen cuando el bienestar de una de las partes, denominada el mandante ("principal"), depende de las acciones adelantadas por un tercero, denominado el mandatario o agente ("agent"). El problema radica en motivar al mandatario para que actúe en beneficio del mandante, en lugar de que aquél obre en su propio interés" (Reyes, 2012, p.65).

Las tres modalidades de conflictos de agencia evidencian la importancia de la relación sociedad-administrador, por cuanto al ser el ente societario una confluencia de intereses, los riesgos del problema de agencia se multiplican. Las sociedades comerciales en la actualidad no se pueden observar como un instrumento mercantil que permite a los accionistas acrecentar su riqueza, sino que debe reconocerse que en ellas confluyen los más variados intereses: de los trabajadores (pago de salarios, estabilidad en sus empleos, etc.), de los pensionados (cuando están a cargo del ente), los administradores, el estado (pago de impuestos), terceros (pago y honra de los compromisos contractuales); lo anterior puede agruparse en el concepto de "interés de la empresa", como noción fundamental del concepto "interés de la sociedad"[3]. De ahí que los citados profesores identifiquen tres claros problemas de agencia así: (i) Entre los asociados o accionistas y los administradores, por el riesgo, como se dijo, de que éstos antepongan sus intereses a los de aquellos, (ii) entre los accionistas mayoritarios y los minoritarios, puesto que éstos últimos prácticamente se comportan

3 El profesor Manzur Michel Numa Marín (2005) se pregunta sobre el contenido del concepto "interés de la sociedad". Así se fijan varias posibilidades a saber: Considerar que el interés de la sociedad no es más que el interés común de los asociados, situación que el citado profesor descarta por cuanto existen asociados que ingresan a la sociedad no con el fin de permanecer en ella, sino con el afán de obtener un lucro y eventualmente de enajenar la participación en la compañía de manera ágil. Una segunda postura sería la de considerar que el "interés de la sociedad" se identifica con el interés de la entidad societaria, es decir con un interés propio, independiente del de los asociados, partiendo de la idea de que forma una persona jurídica diferente. En ese punto, esta segunda postura tendría a su vez dos posibles connotaciones: (i) Plantear que el interés propio de la sociedad se reduce a analizar el interés de la persona jurídica societaria o (ii) Definir el interés propio de la sociedad como un interés de la empresa (no sólo desde la perspectiva jurídica, sino también desde la económica). En conclusión, el citado profesor considera que el concepto "interés de sociedad" debe entenderse como interés del ente societario en sí mismo, (y no pensar que es la suma de los intereses de los asociados), que deriva necesariamente en el interés de la empresa. En otras palabras, el interés de la sociedad se traduce en "interés de la empresa", concepto éste último que haría referencia a que en una sociedad confluyen una multiplicidad de intereses en torno a esa empresa como realidad económica. En ese sentido afirma: *"Busca proteger el interés de este organismo económico, punto de convergencia de múltiples intereses. La defensa de tal interés consistiría, no solamente en tener en cuenta el interés de los asociados, sino igualmente el interés de los trabajadores, acreedores, proveedores, clientes e incluso del mismo Estado. Y de todos aquellos que obtienen una ganancia de la sociedad. Claro está que el interés de la empresa no podría ser reducido a la suma de todos estos intereses categoriales – other constituencies- que convergen al interior de la sociedad anónima, sino más bien "reconocer a este organismo un interés autónomo, distinto de la suma de intereses que la componen""*(Numa, 2015) Luego el interés de la empresa se concretaría a garantizar la prosperidad y continuidad de la empresa en el marco de la protección de los diferentes intereses que en ella convergen.

como mandantes, pudiendo los mayoritarios anteponer su interés al de la sociedad, causando un evidente beneficio personal en sacrificio de los intereses de los demás accionistas; (iii) entre la sociedad y los terceros interesados, también denominados *skateholders*, que se refiere a todos los miembros de la comunidad que pueden verse afectados por los diferentes hechos desplegados por el ente societario, tales como: la ciudadanía frente a daños ambientales, las contrapartes en contratos por la falta de cumplimiento de los mismos, los trabajadores, los pensionados, y en general cualquier individuo a quien se cause un daño con el actuar indebido de la sociedad.

Desde una visión pragmática, todas las sociedades comerciales necesariamente cuentan con conflictos o problemas de agencia, que de suyo generan costos de agencia (Perez, 1996); excepción hecha de las sociedades de único accionista, cuando éste administra directamente la sociedad, por cuanto en estos entes societarios, evidentemente no hay un fraccionamiento entre quien ejerce el control y quien detenta la propiedad del accionariado (Reyes, 2012). Ahora bien, esos costos de agencia se pueden a su vez categorizar así: (i) Costos de vigilancia, que se definen como encaminados "a garantizar un control sobre la labor desempeñada por el agente, de tal suerte que se aminoren las asimetrías en la información y pueda atenuarse también la propensión al oportunismo" (Reyes, 2012, p. 74) (ii) Costos orientados a reducir la discrecionalidad de los agentes, que buscan evitar que las posibilidades de actuación de los administradores sea muy amplia, tales como la contratación de personal para ejercer el control, o para dividir funciones; (iii) Pérdida residual, que surge de las decisiones tomadas por el agente o administrador que discrepan de las que en su lugar tomaría el principal-mandatario-accionista (Reyes, 2012).[4]

Como lo refiere importante doctrina en la materia como el profesor Bainbridge, citado por Reyes (2012), a mayores costos de agencia, menor valía de las acciones y demás papeles en el mercado accionario. Cuando un inversionista detecta elevados costos de agencia, comprende que al invertir su dinero en las acciones de tal empresa, parte de las utilidades se irá en cubrir esos costos de agencia; lo que significa un menor precio dispuesto a pagar por la participación en el capital social de la compañía.

4 La nomenclatura usada por Reyes Villamizar puede cambiar en otros autores: "En síntesis podemos decir que los costes de agencia comprenden tres componentes: costes de supervisión, o también llamados costes de control por parte del principal, costes de aval o fianza, que corresponden a los costes de garantía de fidelidad del agente, y como tercero los costes asociados a la pérdida residual del principal" (Castaño, 1999, p10)

Surge entonces la necesidad de mitigar los costos de agencia, para ello la escuela del AED de la mano de Hansmanny Kraakman ha diseñado cuatro estrategias: (i) voto proporcional en la elección de administradores, con el fin de dar cabida a los accionistas minoritarios en la dirección de la compañía; (ii) limitación de los derechos de voto de los accionistas mayoritarios; (iii) Presencia de miembros independientes en la administración de la sociedad, de tal suerte que éstos se constituyan en terceros confiables; (iv) Reparto proporcional de utilidades, recompensas, restricciones, etc. (Reyes, 2012).

Para efectos del desarrollo de este capítulo se analizará únicamente el punto (iii) de los propuestos por Hansmann y Kraakman, esto es, la presencia de personas independientes en la administración ("*trustee ship strategy*"). Lo que se pretende con esta estrategia de reducción de los costos de agencia, es básicamente lograr administradores ajenos a las presiones de las partes o de accionistas mayoritarios, impedir relaciones de carácter financiero entre administradores y mayoritarios, y finalmente, que algunas decisiones requieran aprobación de la junta obligatoriamente (Reyes, 2012).

Se concluye que los problemas de agencia producen a su vez costos de agencia, que pueden ser mitigados a través de diversas estrategias, una de la cuales es contar en el ente económico con administradores independientes de presiones. Así mismo, el problema de agencia permite concluir que la relación accionistas-administrador, requiere de las bases de una confianza firme para consolidarse, al punto que la posibilidad de remover a los administradores en cualquier tiempo se perfila como una opción que reduce los costos, y el conflicto de agencia.

2. LA RELACIÓN ADMINISTRADOR-SOCIEDAD EN EL ÁMBITO COLOMBIANO

La legislación de los diferentes países ha tratado el problema de la relación administrador-accionistas, y Colombia no ha sido la excepción. La ley 222 de 1995[5] definió en

5 La ley 1258 de 2008 no trajo en sí misma una regulación en torno al tema de responsabilidad de administradores, y expresamente remitió en el artículo 27 al régimen de responsabilidad de la ley 222 de 1995, situación que ha sido estudiada por la doctrina (Reyes, 2010). La ley 1268 de 2008 sí innovo en contemplar la figura del administrador de hecho: "*La figura del administrador de hecho se introdujo en la Ley 1258 de 2008, debido a la circunstancia frecuente en la que individuos ajenos a la administración de la sociedad, amparados en la indemnidad que les da su carácter de "no administradores", pueden controlar la administración de la sociedad y, en no pocas ocasiones, causarle perjuicios a la sociedad, los asociados y terceros. A pesar de que el ejercicio de una administración "a la sombra constituye una práctica relativamente frecuente en las sociedades cerradas, la legislación colombiana era silenciosa sobre las consecuencias, muchas veces nocivas, de esta clase de interferencia en la gestión de la empresa social*" (Reyes, 2010). Por otro lado, frente al administrador de hecho se ha dicho que permite la primacía de la realidad sobre las formas, en el ámbito societario: "*Igualmente, ha de dotarse a los agentes del mercado de herramien-*

el artículo 24 que el representante legal, el liquidador, factor, miembros de juntas directivas, ostentan la calidad de administradores. Sin embargo, la reglamentación del tema es más compleja.

En efecto, el artículo 197 del Código de Comercio ordena la aplicación del sistema de cuociente electoral para la designación de integrantes de órganos colegiados en el ente societario, tratando con ello de dar participación a los diferentes grupos que pueden surgir entre los accionistas. Aunque la ley 1258 de 2008 contempla un abanico de posibilidades para la designación de miembros de la junta directiva de las SAS, permitiendo el sistema de cuociente electoral, votación mayoritaria o por cualquier otro medio previsto en los estatutos, innovación que en términos generales la doctrina aplaude (Cuberos, 2012). Así mismo, el artículo 200 del Código de Comercio modificado por el artículo 24 de la ley 222 de 1995, establece un régimen de responsabilidad que cobija a los administradores cuando éstos causen perjuicio a la sociedad, los socios o a terceros.

Incluso la doctrina se ha preocupado insistentemente por los problemas de agencia y el actuar de los administradores en el marco de un grupo societario, tal como se puede observar en los trabajos de los profesores Luis Sabogal (2014) y Pablo Córdoba (2010).

El régimen de responsabilidad de los administradores se enmarca en el deber de actuar conforme a la buena fe, la lealtad y la diligencia propia de un buen hombre de negocios, en los términos del artículo 23 de la ley 222 de 1995, que además regula los deberes de los administradores. Ese régimen de responsabilidad adicionalmente cuenta con la acción social de responsabilidad incorporada en el artículo 25 de la ley 222 de 1995 que permite a la sociedad perseguir el pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar por el incumplimiento de los deberes por parte de los administradores.

La confianza que necesariamente debe existir entre administrador y los accionistas, o mejor entre el administrador y la sociedad, lleva a comprender la naturaleza del artículo 198, 199 y 440 del código de comercio. En efecto el artículo 198 del Código de Comercio plantea que las elecciones de administradores se realizan por el período indicado en los estatutos, sin perjuicio de que los nombramientos se revoquen en cualquier tiempo; incluso se afecta con ineficacia las cláusulas que pretendan la inamovilidad de los administradores o que exijan para su remoción mayorías distintas a

tas jurídicas para lograr la seguridad en sus transacciones y proporcionándole una primacía a la realidad sustancial, tutelando de esta forma la apariencia, así como garantizando que la sociedad se vincule por lo realizado en su nombre por quien aparentó ser su representante" (Pino, Armero & cubillos, 2010)

las comunes para la remoción de administradores. Estas disposiciones por orden del artículo 199 del C de Co se aplican a miembros de juntas directivas, revisores fiscales, y demás funcionarios elegidos por la asamblea o junta de socios. El artículo 440 establece la posibilidad de remoción de administradores en la sociedad anónima.

En otras palabras, la ley comercial ha establecido la posibilidad de remover en cualquier tiempo a los administradores, aún en el evento de que no se haya vencido el período para el cual fueron elegidos.

La anterior previsión normativa pretende reducir los costos de agencia surgidos de los problemas o conflictos de agencia. La intención de la legislación es permitir que el ente societario culmine fácilmente con la relación con el administrador cuando por cualquier motivo la confianza se encuentra minada entre las partes. Desde la perspectiva del AED, no poder remover a un administrador frente al cual ya no existe confianza, elevaría los costos de agencia, por cuanto: (i) Implicaría mayores costos de vigilancia, toda vez que los accionistas querrían controlar y vigilar a ese administrador en el cual no confían, (ii) Aumentaría los costos que pretendan reducir la discrecionalidad del administrador, lo que implicaría por ejemplo división de funciones; finalmente (iii) un incremento de la pérdida residual, pues al no existir confianza, evidentemente el accionista percibirá como un riesgo mayor la posibilidad de decisiones contrarias a sus intereses.

Las anteriores razones económicas, permiten establecer que la legislación acierta al permitir que los accionistas y en general la sociedad, puedan remover a los administradores cuando la confianza se ha minado o ha desaparecido.

Adicionalmente, los administradores suelen ser medidos en términos de resultados (Reyes, 2012), y bien puede ser la remoción derivada de un incumplimiento del rendimiento o metas esperadas del administrador. En ese caso, la falta de confianza emerge del hecho, no de dudar del actuar honesto o probo del administrador, sino de su capacidad de gestión y administración en pro del ente económico; lo que conduce, necesariamente a mayores costos de agencia, derivados de dos causas: (i) de las menores utilidades, o de los mayores gastos, causados por la ineficiencia del administrador; y (ii) de la opción que tendrían la empresa de vincular más personal, o establecer mayores controles, para garantizar la eficiencia del administrador.

Lo anterior causaría, nada menos, un menor valor de las acciones de la sociedad, tal como lo concluye el AED (Reyes, 2012), puesto que a mayor costos de agencia, menor valor de los papeles de la sociedad.

Es por ello por lo que el Código de Comercio permite la remoción en cualquier tiempo de los administradores, garantizando así evitar costos de agencia. Así pues, si uno de los accionistas desconfía de un administrador, puede fácilmente removerlo y votar nuevamente con el fin de nombrar otro administrador frente al cual exista confianza. Eso, de inmediato implica que los costos de agencia que causaría un administrado indeseado, no se producirían, y por ende, se contaría con un mayor valor de la compañía.

a. La remoción de administradores en la jurisprudencia constitucional

La Corte Constitucional ha trasegado el tema de la remoción de administradores en varias oportunidades. El debate se centra en el hecho de que la sociedad puede escoger diferentes formas contractuales para vincular a los administradores y, cuando dicha forma es el contrato laboral, surgen dudas respecto de qué tan libre es la facultad de remover administradores. Dicho en otras palabras, la pregunta se reduce a la posibilidad de una sociedad comercial de remover a un administrador vinculado mediante contrato de trabajo.

La Corte, contrario a lo que muchos esperarían, ha respaldado al Derecho Societario, y con ello a la facultad de remoción de administradores, en por lo menos, las siguientes sentencias:

- C-434-96 MP José Gregorio Hernández, revisó la constitucionalidad del artículo 43 y 232 de la ley 222 de 1995, siendo éste último el que prohíbe a favor del administrador la acción de reintegro propia del derecho laboral, en determinados casos. La Corte declaró exequibles las normas, basada en la evidente confianza que requiere la compañía frente al administrador, que en caso de perderse legitiman la remoción del administrador.

- C-512-96 MP Jorge Arango Mejía, donde la Corte revisa nuevamente el artículo 232 de la ley 222 de 1995. Aquí la Corte reconoce que los administradores pueden vincularse a través de diferentes formas contractuales (arrendamiento de servicios, contrato laboral, etc.), y que en todas conserva la sociedad la posibilidad de remover libremente a aquellos, advirtiendo que no contarían con la acción de reintegro. Sin embargo, creó una pequeña excepción frente a los administradores que cumplan las siguientes características, a quienes reconoció contarían con la acción de reintegro: (i) vinculados por contrato de trabajo, (ii) que a 1 de enero de 1991 tengan 10 o más años de trabajo continuo, (iii) que no hayan manifestado su intención de cambiarse al régimen de la ley 50 de 1990.

- C-348-08 MP Jaime Córdoba Triviño, en la cual la Corte estudió la inexequibilidad del artículo 198 y 440 del C. de Co, que como se vio fijan la posibilidad de remover administradores en cualquier tiempo, el primero como norma general y el segundo en el mundo de la sociedad anónima. La Corte identifica una colisión ente la autonomía de la voluntad del ente económico, versus la estabilidad laboral, para concluir declarando exequible las normas en comento, lo anterior argumentando que la relación administrador-sociedad, es claramente de confianza:

> En conclusión: (i) en principio, forma parte de la autonomía de la sociedad estipular en el contrato social el régimen que adoptará para la administración y representación de la sociedad; las limitaciones que se impongan al administrador para comprometer a la sociedad deben constar en el contrato social inscrito en el registro mercantil, para que sean oponibles a terceros; (ii) a falta de estipulación contractual el legislador previó la existencia de un amplio margen de maniobra para los administradores que tiene como marco el objeto social de la compañía y los asuntos relacionados con su existencia y funcionamiento; (iii) en este evento, la vinculación jurídica que se establece entre el administración y la sociedad está basada en una especial relación de confianza que genera consecuencias jurídicas (Corte Constitucional, C-348-08).

Para conluir, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en proteger el derecho de las sociedades a remover libremente a los administradores, contemplado en el artículo 198 y 440 del Código de Comercio, y 232 de la ley 222 de 1995. La única excepción sería, hasta el momento, la consagrada en la sentencia C-512-96 a la cual ya se hizo referencia.

b. **La remoción de los administradores con enfermedades catastróficas**

i. **La protección de los trabajadores que padecen enfermedades catastróficas**

Hasta el momento se ha concluido que tanto el AED, la legislación vigente y la jurisprudencia constitucional, convergen en advertir que las sociedades cuentan con la posibilidad de remover libremente a los administradores, basadas en la relación de confianza que debe imperar en este tipo de relaciones, bajo los linderos del problema de agencia.

Sin embargo, existe una dificultad al momento de aplicar el derecho a la remoción automática, que se presenta cuando el administrador además de estar vinculado por una relación laboral, cuenta con un fuero o plus especial de protección para no ser despedido; se considera en el presente capítulo, el caso de los trabajadores que sufran una limitación severa y profunda en los términos de la ley 361 de 1997, o a quienes se les diagnostique una enfermedad catastrófica como, por ejemplo, cáncer en las etapas más avanzadas.

El artículo 26 de la ley 361 de 1997, estableció una protección especial a favor de los trabajadores, así:

ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

La anterior norma ha sido objeto de aplicación por parte de la Corte Constitucional en cuantiosas sentencias. Así, por ejemplo, en la sentencia T-003-10 MP Jorge Ignacio Pretelt, se analizó el caso de un trabajo afiliado a una cooperativa de trabajo asociado, que sufrió un accidente de trabajo y tras varias incapacidades, fue despedido. En la citada sentencia la Corte afirma que la protección otorgada por el artículo 26 de la ley 361 de 1997 no se extiende únicamente a las personas en situación de discapacidad, sino también a quienes sufren deterioros en su salud en el desarrollo de sus funciones. La acción de tutela, bajo este esquema, se convierte en un mecanismo excepcional para proteger al trabajador despedido y ordenar su reintegro. Así aclara la Corte:

> La jurisprudencia ha extendido el beneficio de la protección laboral reforzada establecida en la Ley 361 de 1997, a favor, no sólo de los trabajadores discapacitados calificados como tales, sino a aquellos que sufren deterioros de salud en el desarrollo de sus funciones. En efecto, en virtud de la aplicación directa de la Constitución, constituye un trato discriminatorio el despido de un empleado en razón de la enfermedad por él padecida, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección. Para justificar tal actuación no cabe invocar argumentos legales que soporten la desvinculación como la posibilidad legal de despido sin justa causa. El empleador tiene el deber de reubicar a los trabajadores que durante el transcurso del contrato de trabajo sufren disminuciones de su capacidad física (T-003-10).

En sentencia C-531-00 la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 26 de la ley 361 de 1997, bajo el entendido que el pago de la indemnización a que la alude la norma no convierte al despido en eficaz. Dicho de otro modo, el trabajador despedido sin permiso previo del ministerio del trabajo, tiene derecho al reintegro y a la indemnización allí contemplada, sin que lo uno excuse a lo otro.

Desde la sentencia T-1040 de 2001, así como en la T-351-03, se ha entendido como un derecho, la estabilidad laboral del trabajador que se encuentra gravemente enfermo. En resumen podría decirse que los trabajadores con una fuerte disminución en su estado de salud, deberán recibir idéntica protección que la otorgada a la persona en situación de discapacidad, por lo que le es aplicable la estabilidad reforzada cuyo amparo se puede solicitar por vía de acción de tutela.

En la sentencia T-754-12 MP José Ignacio Pretelt, la Corte estudió específicamente un caso de una trabajadora que padecía de cáncer en contra de una sociedad anóni-

ma, para concluir que la accionante tenía derecho al reintegro, al pago de los salarios, prestaciones y aportes al sistema general de seguridad social dejados de cancelar en razón del despido, y al pago de la indemnización equivalente a 180 días de salario, conforme lo preceptuado por el inc. 2 artículo 26 de la ley 361 de 1997, y en ese sentido se emitió la decisión.

La Corte, considera que el despido de un trabajador en situación de discapacidad o enfermedad ruinosa sin el permiso de la oficina de trabajo, hace presumir que se realiza en razón de la condición especial en que se encuentra dicha persona, tornando el despido en ineficaz, y activando la indemnización del artículo 26 de la ley 361 de 1997.

ii. **¿Gozan los administradores de la estabilidad laboral otorgada por el artículo 26 de la ley 361 de 1997?**

Existe un evidente choque entre el artículo 198 y 440 del Código de Comercio y el artículo 26 de la ley 361 de 1997, toda vez que las primeras normas prescriben la posibilidad de remover a los administradores en cualquier tiempo, mientras las segundas señalan que los trabajadores que padezcan una limitación física gozan de estabilidad reforzada y únicamente podrán ser despedidos mediando autorización de la correspondiente oficina de trabajo.

A nivel jurisprudencial se observa que la Corte Constitucional ha otorgado un respaldo a las normas del derecho societario que permiten la remoción de administradores. Así mismo, la misma corporación ha protegido a los trabajadores (sin que ostenten la calidad de administradores), que han sido despedidos sin mediar permiso de la oficina de trabajo, cuando padecían una limitación física o una enfermedad ruinosa.

La respuesta esperaría encontrarse en la sentencia T-277 de 2012, donde se analiza el caso de un representante legal de una sociedad de economía mixta que solicita el reintegro, por cuanto fue desvinculado de la sociedad por vencimiento del período, pese a haber pasado por un tratamiento y cirugía por una dolencia física, específicamente en la espalda. Ahora bien, la Corte indaga sobre la existencia de un nexo causal entre el despido y la enfermedad, señalando que el reintegro no procede cuando el empleador demuestre plenamente que el motivo del despido fue diferente de la enfermedad. En los terrenos del caso concreto, se demostró que el motivo del despido fue el vencimiento del período y no la enfermedad, y que el accionante ni siquiera presentó su hoja de vida para tenerse en cuenta entre los candidatos a sucederlo. La

Corte observa que la desvinculación se dio por vencimiento del período y no por despido o terminación unilateral imputable al empleador. Lo anterior sumado a la ausencia de inmediatez entre los hechos y la presentación de la acción de tutela, llevaron a la Corte a negar las pretensiones. Lamentablemente la Corte no asumió el fondo del debate de la remoción de administradores.

La Corte en la sentencia bajo estudio deja entrever una excepción al régimen de estabilidad reforzada en virtud de discapacidad o enfermedad, configurada cuando el empleador demuestra que la razón de la desvinculación fue distinta al padecimiento del administrador, y más concretamente, cuando se observa que el fin de la relación con el administrador está dado por el vencimiento de su período, y no por un despido intempestivo previo.

Basta para concluir que la sentencia bajo referencia no es concluyente en atención al debate propuesto, respecto de si los administradores gozan o no de la estabilidad otorgada por la ley 361 de 1997.

En el presente capítulo se propone la existencia de, al menos, dos primeras alternativas de solución:

a. Considerar que los administradores no gozan de la posibilidad de ejercer la acción de reintegro que consagraría la ley 361 de 1997, tal como lo ordena el artículo 232 de la ley 222 de 1995. Esta tesis tendría la ventaja de encontrarse respaldada en sentencias del alto tribunal que han considerado que las relaciones sociedad-administrador son de confianza, por ende, ante la ausencia de ésta, el derecho a la remoción campea. Finalmente se trataría de la decisión más acorde con el AED, que reduciría ostensiblemente los costos de agencia derivados de la operación.

b. Considerar que el administrador goza del derecho al reintegro cuando se encuentra en los supuestos del artículo 26 de la ley 361 de 1997. En esta postura se dejan de lado las normas del derecho societario que prescriben la libre remoción de los administradores, y se privilegia la protección a favor del trabajador. Esta tesis tendría como ventaja que se adopta una posición protectora de un ser humano que requiere de su trabajo para mantenerse activo económicamente, puesto que

resulta muy probable que al perder su empleo no pueda acceder a otras opciones justamente en razón de su enfermedad o limitación; y con la vinculación asegura su afiliación al sistema de seguridad social que le permitan enfrentar su dolencia.

Desde una perspectiva del AED la tesis número uno sería, de lejos, la más acertada. La dolencia del administrador, sumado al deseo de la empresa de no contar con sus servicios por falta de confianza, llevaría al ente a ejercer la remoción del mismo. Los costos de agencia son realmente mínimos: ante la falta de confianza la remoción evita los costos de control, la pérdida residual, etc.

Incluso, bien podría afirmarse que algunos accionistas, indolentes de la enfermedad o limitación que aqueja a su administrador, sientan desconfianza en su actuar precisamente por tal condición. Consideren, por ejemplo, que las gestiones se verán entorpecidas por controles o citas médicas u operaciones, que sus energías estarán concentradas en luchar contra la enfermedad, que los largos períodos de incapacidad afectarían la eficiencia de la compañía. Esta postura, no obstante lo descomedida e inhumana, es posible en el escenario societario.

La segunda postura, esto es la de garantizar al máximo el derecho de reintegro en caso de remoción que tendría el administrador en el marco la ley 361 de 1997, si ésta no cumplió con el trámite del permiso previo ante la respectiva oficina de trabajo; sería tremendamente costosa en términos de costos o gastos de agencia: imponer a la compañía la obligación de sostener en el cargo a un administrador en razón de su dolencia, aun a pesar de que se ha perdido la confianza en él (bien podría ser con base en argumentos distintos a la enfermedad misma), sería objeto de costos: los accionistas se verían tentados a imponer mayores controles, a reducir sus espacios de discrecionalidad dividiendo funciones, y aumentaría el riesgo de pérdidas residuales. Desde la perspectiva del problema de agencia, se observa una posible divergencia entre los intereses del administrador (no necesariamente económicos, como sería el enfrentar su enfermedad), y los intereses de los accionistas.

Las dos posturas propuestas se anuncian como divergentes y requieren al menos plantear una solución que trate de recoger las dos antagonistas.

iii. Una posible "tercera postura"

El objeto de este capítulo es plantear una solución al debate propuesto. No obstante, las dos posturas se tornan convenientes desde escenarios muy distintos. Mientras la tesis que permitiría la remoción del administrador en situación de limitación o enfermedad, estaría acorde con el AED y la reducción de costos de agencia; la tesis contraria, esto es la protección del administrador-trabajador, representa de manera más clara el concepto de dignidad humana, solidaridad, salud y protección a favor del trabajador, lo que desde una perspectiva de principios podría otorgarle mayor peso.

Se plantea entonces una alternativa a ejercer por parte del juez de tutela, que congracie los dos intereses en conflicto: los intereses del administrador-trabajador a conservar su trabajo, y los intereses del accionariado que tal vez perdió confianza en tal administrador y buscan mayor eficiencia o eficacia, así como reducir los costos de agencia.

La tercera posibilidad propuesta sería la de ordenar el reintegro del administrador-trabajador que ha sido removido de su cargo, con lo cual se garantiza la protección de los derechos fundamentales que le asisten, más aún en una situación de limitación o enfermedad grave. Ahora bien, teniendo en cuenta que la remoción de por sí es señal de la pérdida de confianza en el accionista (por la razón que fuere), el juez de tutela podría proteger los intereses de la empresa y de los accionistas al permitir que el administrador-trabajador removido reingrese a la empresa pero a un cargo distinto al que ostentaba, lo cual acarrearía su regreso pero sin la calidad de administrador.

A título de ejemplo: Si el representante legal de la sociedad comercial sufre una limitación o una enfermedad grave y es removido por la asamblea de accionistas o junta de socios, significa al menos dos posibles cosas, a saber, o bien el motivo de la remoción es la enfermedad padecida, o bien el motivo es ajeno a la dolencia. En todo caso los accionistas perdieron la confianza en el representante legal. Si éste fue despedido sin el previo permiso de la oficina de trabajo, tiene derecho al reintegro, situación que se encuentra acorde con los diversos pronunciamientos jurisprudenciales; pero no al cargo de representante legal, sino a uno acorde a su situación siempre y cuando conserve el salario y demás condiciones prestacionales. Esta medida "salomónica" permitiría a la sociedad vincular a un administrador en el cual sí confía, reduciendo con ello costos de agencia, al tiempo que garantiza el derecho a no ser removido de un trabajador en situación de limitación o enfermedad grave, permitiéndole además co-

bijarse con las ventajas tributarias por mantener el vínculo laboral, tal como lo ordena la misma ley 361 de 1997.

Esta propuesta reduciría costos de agencia derivados de la desconfianza en un administrador prácticamente impuesto externamente por orden de un juez. Empero, incrementaría los costos de un trabajador adicional en la nómina de la compañía.

Finalmente, el proceder adecuado de la compañía para evitar entrar en un conflicto en sede de tutela con el administrador-trabajador, sería acudir a dos posibilidades *ex ante* que impedirían definitivamente cualquier pretensión de reintegro:

- Ejercer la remoción del administrador, cuando los motivos de desconfianza sean válidos y respetuosos del bloque de constitucionalidad, tramitando previamente el permiso ante la oficina del trabajo. En este supuesto, el reintegro quedaría sin soporte jurídico bajo el tenor del mismo artículo 26 de la ley 361 de 1997.
- No ejercer la remoción del administrador, sino permitir que culmine su período estatutario siendo ésta la causal por la cual se desvincularía de la empresa. Posibilidad que emerge de la sentencia T-277-12, en la cual se advirtió que en ese caso, el permiso previo ante la oficina de trabajo no se requería.

CONCLUSIONES

Se presentan las siguientes conclusiones:

- La relación sociedad-administradores se configura en un auténtico problema de agencia, que deriva en los denominados costos de agencia.

- La posibilidad de la remoción de administradores en cualquier tiempo pretende reducir los costos de agencia, además de apalancarse en el la necesidad de confianza que debe existir con el administrador.

- Existe un conflicto entre las normas y jurisprudencia que garantizan la posibilidad de la remoción de administradores, frente a las normas que ordenan que los trabajadores con limitaciones o enfermedades graves cuentan con derecho a no ser despedidos sin mediar permiso de la respectiva oficina de trabajo.

- El ente societario puede realizar un despido de un administrador tramitando de manera previa el permiso ante la oficina de trabajo, frente a lo cual el administrador no tendría derecho a exigir el reintegro a su cargo.

- Si el ente societario realiza la remoción del administrador sin acudir al permiso previo existen dos posturas antagónicas iniciales que se podrían defender: (i) Considerar que la remoción es legítima, (ii) Proteger los derechos del administrador y ordenar su reintegro al mismo cargo que venía ejerciendo, condenando al ente a liquidar y pagar los salarios, prestaciones y aportes dejados de percibir, y a liquidar y pagar una indemnización equivalente a ciento ochenta días de salario en los términos de la ley 361 de 1997.

- Se propone una alternativa al debate, consistente en que el juez en sede de tutela puede ordenar el reintegro del administrador, empero, si el ente económico ha ejercido el derecho a la remoción, es dable concluir que existe una disminución o anulación de la confianza frente a ese administrador. Por lo tanto, con el fin de no causar mayores costos de agencia, puede ordenarse el reintegro al cargo de administrador, o a otro acorde a la formación y posibilidades del trabajador pero con idéntico salario, a voluntad de la sociedad. Si la persona jurídica no tuviere posibilidad de sostener al trabajador en otro cargo por razones financieras, necesariamente deberá reintegrarlo al cargo de administrador, por cuanto por no puede olvidarse que la sociedad faltó al deber de solicitar permiso a la oficina de trabajo respectiva.

REFERENCIAS

Castaño, G. (2009). *Teoría de la agencia y sus aplicaciones.* Decisión administrativa (1). 7-12. Recuperado de: http://www.bdigital.unal.edu.co/8459/

Cuberos, F. (2012). *Sociedad por acciones simplificadas (SAS): novedades, aciertos y desaciertos.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – GrupoX Bancolombia – Ibañez.

Manaslisky, N. & Varela, L. (2009) *Teoría de agencia: evidencia empírica en firmas uruguayas*. Revista Quatum – Universidad de la República. 4(2). 48-63

Numa, M. (2005). *Interés común de los asociados, interés de la sociedad e interés de la empresa.* En: AA.VV. *La empresa en el siglo XXI.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Perez, F. (1996). *Innovación financiera, costes de transacción y teoría de agencia.* Investigaciones Europeas de dirección y economía de la empresa, 2(1). 47-57. Recuperado de: http://www.aedem-virtual.com/articulos/iedee/v02/021047.pdf

Pino, M.M., Armero, V.M. & Cubillo C. (2010) *El administrador de hecho (SAS) frente al director oculto.* Revista e-mercatoria, 9(1), 1-28.

Reyes, F (2010). *Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificada.* En: AA.VV. *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Reyes, F. (2012). *Análisis económico del derecho societario*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Bancolombia – Ibañez.

Sabogal, L. (2014). *La responsabilidad de los administradores por conflictos de interés en la empresa de grupo.* Revista e-mercatoria, 13(2). 1-26.

AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD CON OCASIÓN DE LA DESAFILIACIÓN DE USUARIOS DEL SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA[1]

Laura Catherine Ibarra[2]
Angie Daniela Teherán Muñoz
Madeline Nataly Villacorte Bastidas

RESUMEN

Con la expedición de la ley 100 de 1993, se crea el Sistema de Seguridad Social Integral el cual comprende el Subsistema de Seguridad Social en Salud, cuya finalidad es regular el servicio público de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención, en el entendido que es deber del Estado garantizar su prestación eficiente, a partir de los principios de eficacia, eficiencia, universalidad, integralidad y confianza legítima. En esta perspectiva el derecho constitucional fundamental a la salud incluye la garantía de continuidad en la prestación del servicio de salud pues implica que el servicio debe prestarse de manera ininterrumpida, constante. No obstante lo anterior, la realidad es distinta, lo cual ha conllevado a que la jurisprudencia constitucional a través de sus fallos reivindique la continuidad del servicio de salud cuando este se ha visto vulnerado.

PALABRAS CLAVE: seguridad social, salud, principio de continuidad, Corte Constitucional, jurisprudencia.

ABSTRACT

The law 100 of 1993 created the Social Security System in Colombia, which includes the Social Security Subsystem for Health, which purpose is to regulate the public health service and create conditions for access to the entire population. It is created under the statement that it is the duty of the State to ensure their efficient delivery, based on the principles of effectiveness, efficiency, universality, comprehensiveness and legitimate expectations. In this perspective the fundamental constitutional right to health includes ensuring continuity in the provision of health services because it implies that the service must be provided uninterrupted, constantly. Nevertheless, the reality is different, and constitutional jurisprudence through its judgments has supported the continuity of the health service when this has been threatened.

KEYWORDS: social security, health, principle of continuity, Constitutional Court, jurisprudence.

1 Producto del proyecto denominado "PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD", coordinado por las doctoras Isabel Goyes Moreno y Mónica Hidalgo, realizado en la Universidad de Nariño en el Centro de Investigaciones y Estudios Sociojurídicos –CIESJU-, grupo de investigación Derecho Justicia y Región- Línea Nomoarquica.

2 Estudiantes de IV Año de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Correos de contacto: cate.lau.94@hotmail.com; daniela.teheran.munoz@gmail.com; madeleynv08@gmail.com

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1991 en el artículo 49 establece como finalidad social del Estado promover la cobertura en salud otorgándole al Estado la función de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios en salud bajo los postulados de eficiencia, universalidad, y solidaridad, principios rectores que toma de la Ley 10 de 1990. Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones. Enero 10 de 1990. DO. N°39137. En desarrollo al citado precepto constitucional se expide la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se organiza el Sistema de Seguridad Social Integral, dicha norma en su artículo 152 prescribe que "los objetivos del sistema general de seguridad social en salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención".

Uno de los principios que rigen la prestación de los servicios de salud y que se introdujo con la Ley 100 de 1993 es el de continuidad, el cual implica que debe prestarse de manera ininterrumpida, constante y permanente. Además, la continuidad en la prestación del servicio de salud se entiende incluida en el derecho constitucional fundamental a la salud y bajo esta forma ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional a partir de los principios de eficacia, eficiencia, universalidad, integralidad y confianza legítima. En efecto, la Corte ha reseñado que aquella tiene por objeto:

> Asegurar una ininterrumpida, constante y permanente prestación de los servicios de salud con el fin de ofrecer a las personas la posibilidad de vivir una vida digna y de calidad, libre, en la medida de lo factible, de los padecimientos o sufrimientos que sobrevienen con las enfermedades. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-097 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: Febrero 7 de 2008).

De lo expuesto se deriva, que el cumplimiento efectivo y eficiente del derecho a la salud conlleva el deber de continuidad en la práctica de tratamientos para la recupe-

ración de la salud además de la necesidad de prestar un servicio oportuno y de calidad que sea simultáneamente universal e integral. Entonces, la garantía de continuidad en la prestación del servicio no puede ser desconocida sin que con esta actitud se incurra en una grave vulneración del derecho a la salud y de otros derechos que se conectan directamente con él, por consiguiente, no es admisible constitucionalmente abstenerse de prestar el servicio o interrumpir un tratamiento de salud que se requiera por razones presupuestales o administrativas.

1. REVISIÓN DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LOS AÑOS 2008 A 2014 EN ARAS DE DETERMINAR LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD CON OCASIÓN DE LA DESAFILIACIÓN DE USUARIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

1.1. La sentencia T -760 de 2008

En materia de salud, en el año 2008 la Corte Constitucional emana una de las sentencias más trascendentes: la T-760 en la que aborda varios casos en los que se invoca la protección del derecho a la salud, concretamente, el acceso a servicios. En su argumentación incluyó el principio de continuidad determinándolo como "el derecho que tiene toda persona a que se le garantice la continuidad del servicio de salud en el entendido de que este no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente", y lo definió en los siguientes términos:

> Una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico–formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica–material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: Julio 31 de 2008).

Así mismo, la Corte afirmó que los servicios de salud se deben continuar prestando, cuando:

> (i) Se encuentran fuera del Plan, (ii) venían siendo prestados por la entidad accionada (ARS, EPS o empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor), y (iii) son necesarios para tratar o diagnosticar una patología grave que padece, entonces, será la entidad accionada la encargada de continuar con su suministro, con cargo a recursos del Fosyga, hasta tanto otra entidad prestadora de servicios de salud asuma de manera efectiva la prestación de los servicios requeridos. Una vez suministrado el servicio médico excluido del Plan, la entidad respectiva tendrá derecho a repetir contra este fondo. De otro lado, considera la Corte que si los servicios requeridos (i) se encuentran dentro del Plan (POS o POSS), (ii) venían siendo prestados por la entidad accionada y (iii) fueron ordenados por su médico tratante, entonces, será la entidad accionada, la encargada de continuar con su suministro, con cargo a sus propios recursos. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: Julio 31 de 2008).

Con este pronunciamiento la Corte sintetiza los fallos anteriores en materia de continuidad y sienta un precedente que será la base para decisiones posteriores como se verá a continuación.

1.2. 2009 y 2010

En la sentencia T-122 de 2009 la Corte resuelve la situación de un joven afiliado en calidad de beneficiario al Subsistema de la Salud de la Policía Nacional que padece de "diabetes mellitus tipo 1" y que se encuentra bajo tratamiento médico, a quien se le suspendió el servicio de salud por ser mayor de 18 años y no acreditar que estaba estudiando o que sufría de invalidez absoluta. En esta oportunidad la Corte expresó que:

> Respecto de la salud y la seguridad social se ha precisado que la continuidad en su prestación garantiza el derecho de los usuarios a recibirlo de manera oportuna y prohíbe a las entidades responsables realizar actos u omitir obligaciones que afecten sus garantías fundamentales.
>
> La Corte señala en ese sentido que las entidades prestadoras del servicio de salud no pueden efectuar actos ni incurrir en omisiones que comprometan la continuidad del servicio y su eficiencia, ya que no es admisible que se niegue la autorización de exámenes, medicamentos, procedimientos quirúrgicos o tratamientos que se encuentran en curso, pues ello amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados, al poner en riesgo su salud.

Adicional a ello la Corte establece que:

> Una EPS no puede suspender un tratamiento, un medicamento o la práctica de una cirugía aduciendo entre otras, las siguientes razones (i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando.

Finalmente la Corte estima que el presente, es:

> Un caso típico de suspensión abrupta por parte de la entidad prestadora de salud del servicio médico y del tratamiento correspondiente iniciados durante el tiempo en que el actor estuvo inscrito como beneficiario, con gravísimas consecuencias para su vida y su salud. En este orden de ideas, el amparo constitucional debe hacerse efectivo disponiendo las medidas que se requieran para que el actor no quede sin la atención en salud, que en su caso es necesaria, y conforme a lo considerado por vía reiterativa, la entidad demandada debe continuar con el tratamiento que reclama. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-122 de 2009 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández: Febrero 24 de 2009).

En el mismo año y en ese sentido la Corte Constitucional emana la sentencia T- 746 de 2009 en la cual se resolvió la solicitud de amparo de una persona de 67 años quien padecía de "catarata y pterigio", enfermedad que fue diagnosticada por el médico tratante, por lo cual, le fue ordenada una cirugía para remediar la alteración en su salud visual. Dicha cirugía fue solicitada y, posteriormente negada por la EPS accionada bajo el argumento de que éste se encontraba desafiliado de dicha EPS por haber terminado su contrato laboral y no haberse afiliado como independiente, además de que el usuario tampoco era beneficiario del denominado "período de protección laboral" de treinta días adicionales contados desde la fecha de desvinculación laboral, por no haber cotizado durante doce meses continuos. En atención a lo anterior y teniendo en cuenta que el actor es considerado como persona de la tercera edad, la Corte entiende que el Estado debe desplegar una protección especial a su salud, por encontrarse en una situación de vulnerabilidad. En este caso la Corte recuerda que, "una de las formas de que el servicio de salud cumpla con el principio de eficiencia es la continuidad en el servicio, lo cual implica que este debe prestarse de manera ininterrumpida, permanente, y constante", por lo cual la Corte ha manifestado que la normatividad referente a desafiliación de usuarios del servicio de salud tiene límites y que, en casos en los que se comprometan los derechos fundamentales de las personas, el servicio de salud no puede ser suspendido, sino que, se debe continuar su prestación. **(Corte** Constitucional de Colombia. Sentencia T- 746 de 2009 (M.P. Grabiel Eduardo Mendoza Martelo: Octubre 19 de 2009).

En congruencia, el alto Tribunal menciona que:

> El principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, exige que tanto las entidades públicas como las privadas que tienen la obligación de satisfacer su atención, no puedan dejar de asegurar la prestación permanente y constante de sus servicios, cuando con dicha actuación pongan en peligro los derechos a la vida y a la salud de los usuarios. En consecuencia, si una persona se encuentra sometida a un tratamiento para curar una enfermedad determinada y, posteriormente es desvinculada laboralmente, los servicios de salud no pueden ser suspendidos, pues "la garantía de la continuidad de la prestación del servicio no puede estar sujeta a una relación laboral". (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 746 de 2009 (M.P. Grabiel Eduardo Mendoza Martelo: Octubre 19 de 2009).

Tomando en cuenta lo anterior, en el caso sub examine la Corte concluye que:

> La enfermedad que padece el actor es una afección que menoscaba la visión, reduce y limita su calidad de vida, y que tanto el diagnóstico dado por el médico tratante, como la orden de la cirugía para restablecer su salud, fueron emitidas antes de la desvinculación laboral y de su posterior desafiliación de la entidad demandada. Por esta razón la EPS Servicio Occidental de Salud S.A. SOS no podía suspender el tratamiento que venía prestando para la enfermedad, pues tal interrupción, vulnera los derechos del demandante a la vida y a la dignidad, más aún si se trata de un sujeto de especial protección constitucional. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 746 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: Octubre 19 de 2009).

En el año 2010, mediante sentencia T-035, la Corte acumula dos expedientes los cuales tratan sobre dos accionantes que fueron desvinculadas de las EPS a solicitud de sus cónyuges, las actoras aducen que las EPS actuaron de manera arbitraria al cancelar sus afiliaciones como beneficiarias, ya que se encontraban en tratamiento médico. La Corte en su argumentación refiere que en cuanto al principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, el alto Tribunal en Sentencia C-800 de 2003, señaló en qué eventos son constitucionalmente inaceptables las decisiones de interrumpir abruptamente el servicio por parte de las entidades prestadoras de salud, tanto del régimen subsidiado como del contributivo:

> Una EPS no puede suspender un tratamiento o un medicamento necesario para salvaguardar la vida y la integridad de un paciente, invocando, entre otras, las siguientes razones: (i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario ; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando. Sin embargo, para mantener el equilibrio entre las partes, se establecieron ciertos límites en los cuales es constitucionalmente aceptable que la EPS se niegue a seguir prestando el servicio de salud cuando ya se ha cumplido con la garantía constitucional inicial. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-800 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: Septiembre 16 de 2003).

En congruencia, señala la Corte que su jurisprudencia ha reconocido la importancia del principio de continuidad en materia de salud y el deber que tienen las instituciones encargadas de aplicarlo. De esta manera, ha prohibido a las entidades realizar actos que interrumpan el servicio de salud cuando se hayan iniciado procedimientos, tratamientos o suministro de medicamentos "si con dicha suspensión se ponen en peligro derechos fundamentales, al menos hasta que cese la amenaza o la entidad encargada de prestar el servicio asuma sus obligaciones legales y continúe prestando efectivamente la atención requerida". (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 035 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: Febrero 1 de 2010).

Siguiendo esta línea argumentativa, la Corte tutela los derechos de las accionantes pues, en los casos operó tanto la desafiliación como la interrupción de forma abrupta en la prestación del servicio, que desconoció el principio de continuidad e integralidad, con lo cual se incurrió en "una violación del derecho fundamental a la salud y la dignidad de las pacientes, porque se trata de unos servicios que hacen parte integral de un tratamiento que se les había iniciado y que había sido ordenado por los médicos tratantes". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-035 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: Febrero 1 de 2010).

De igual forma, la Corte en la sentencia T- 557 de 2010 aborda una tutela interpuesta por un actor en representación de su hermano quien sufre de VIH y se encontraba en un delicado estado de salud por lo que solicita se ordene a la EPS, vincular a su hermano al sistema de salud, para que se le practique el Tratamiento Viral requerido y toda la atención médica necesaria, ya que perdió la antigüedad por no realizar las cotizaciones a tiempo a causa de su enfermedad. En este caso, dentro del trámite de la acción falleció el representado, por lo cual la Corte procedió a declarar la configuración de carencia actual de objeto, lo cual no fue óbice para que se pronunciara frente al caso concreto. En ese sentido la Corte recordó que:

> La jurisprudencia constitucional ha sido diáfana en señalar que el enfermo de VIH es un ser humano y, por tanto, titular de todos los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, razón por la cual bajo ningún pretexto pueden ser objeto de discriminación (…) por lo que las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en lo de sus competencias, bajo ningún pretexto podrán negarse a prestar la asistencia de laboratorio, médica u hospitalaria requerida a un paciente infectado con el VIH/SIDA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-557 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: Julio 7 de 2010).

Por consiguiente la Corte encuentra necesario hacer referencia al principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, el cual ha sido desarrollado entendiendo el servicio de salud desde la dimensión de servicio público, aduciendo que:

> El servicio de salud debe prestarse de manera eficiente, lo cual comprende la continuidad del mismo, entendido este último principio como la imposibilidad de que las entidades que tienen a su cargo la prestación del servicio de salud, lo interrum-

> pan de manera súbita, intempestiva o abrupta. La mencionada interrupción del servicio ocurre también cuando aun estando vinculado a la E.P.S., deja de suministrar un tratamiento, procedimiento, medicamento o diagnóstico, entre otros, con fundamento en razones de naturaleza contractual, legal o administrativa, evento en el que el juez constitucional debe intervenir, con el fin de restablecer los derechos fundamentales vulnerados. Así pues, las entidades prestadoras del servicio de salud, ya sea en el régimen contributivo o subsidiado, no pueden realizar actos que comprometan su continuidad. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-557 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: Julio 7 de 2010).

Finalmente, frente al caso concreto la Corte concluye que la actuación de la E.P.S. propició un trato abiertamente discriminatorio, despojando a un sujeto de especial protección constitucional de una serie de garantías que deben ser prestadas de manera eficiente.

1.3. 2011 y 2012

En el año 2011, la Corte Constitucional en sentencia T- 417, resolvió la solicitud de amparo de un exmilitar que fue desvinculado del Sistema de Salud por parte del Ejército Nacional y el Ministerio de Defensa Nacional, pese a que éste sufrió una serie de lesiones mientras prestaba el servicio militar. En este caso la Corte recuerda que:

> El Decreto 1793 del 2000, por medio del cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, permite el retiro de los soldados que han sufrido una disminución en su capacidad física y psicológica.

Pero según la misma Corte, esta normativa puede representar la vulneración de los derechos fundamentales de los soldados que se encuentran en esa situación y por ello reitera los dos criterios acogidos para resolver casos como este:

> (i) Todas las personas discapacitadas o con disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales relevantes, deben contar con una protección especial en el ámbito laboral. En esencia, esta orientación persigue promover acciones afirmativas a su favor (art. 13 C.P.) y contribuir en la integración y rehabilitación de los reducidos psicofísicos (arts. 47 y 54 C.P.). (ii) para el caso de los soldados profesionales con incapacidad permanente parcial –o absoluta-, deben beneficiarse en la mayor medida posible de las normas generales que les resulten aplicables, con el objetivo específico de mitigar el impacto de la desocupación en personas que, como ellos, están adaptadas al entorno militar y requieren ajustar sus facultades para competir en el mercado laboral dentro de la vida civil. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-417 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa: Mayo 17 de 2011).

Entonces, como "el retiro del soldado puede poner en riesgo su derecho a la seguridad social en salud", la Corte recuerda que en sentencia T-470 de 2010, ya se habían sistematizado una serie de supuestos fácticos sobre los que es dable amparar el derecho a la salud de un miembro de las fuerzas militares apartado de la institución:

> Cuando la lesión o enfermedad (i) es producida durante o por ocasión de la prestación del servicio y (ii) es generada como producto directo de la actividad desempeñada o (ii) es la causa de la desincorporación (…), las fuerzas militares o de policía deberán hacerse cargo de la atención médica. En base a lo anterior se ha establecido que el personal militar no puede ser retirado del servicio sin que medie (i) un apoyo dirigido a la incorporación en el mundo laboral, que tenga en cuenta las condiciones particulares del soldado, esto es grado de escolaridad, habilidades y destrezas; y (ii) una continuidad en la prestación del servicio de salud por las lesiones o enfermedades adquiridas en tiempo de vinculación al Ejército. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-470 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: Junio 16 de 2010).

De este modo, la Corte decide tutelar los derechos invocados por el actor y ordena a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, vincularlo en su sistema de salud para continuar los tratamientos médicos necesarios para su rehabilitación hasta tanto el mismo no reciba notificación respecto de su inclusión en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea en el régimen contributivo o subsidiado.

Al año siguiente, la Corte, en sentencia T- 531 de 2012, analiza el caso de un señor que decide interponer acción de tutela en contra de Saludcoop EPS, debido a la suspensión de la cirugía ordenada por su médico tratante, bajo el argumento de que el actor ya no tenía un vínculo laboral vigente además de no haber cotizado al Sistema durante los últimos doce meses. En este caso, la Corte reitera que:

> El principio de continuidad, implica que el servicio de salud debe prestarse de manera ininterrumpida, constante y permanente. Tal postulado obedece a que

> es deber del Estado garantizar la prestación eficiente de este servicio, obligación que igualmente asumen los entes privados que se comprometan a garantizarlo y a prestarlo. Es así como la continuidad en la prestación de los servicios de salud comprende el derecho de los ciudadanos a no ser víctimas de interrupciones o suspensiones en la prestación de los tratamientos, procedimientos médicos, suministro de medicamentos y aparatos ortopédicos que se requieran, según las prescripciones médicas y las condiciones físicas o psíquicas del usuario, sin justificación válida.

Entonces, con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud, las Empresas prestadoras del servicio de salud no pueden invocar como excusas válidas para interrumpir o suspender la atención del paciente:

> (i) Que la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) que el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) que la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario (iv) que la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) que el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) que se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando. Así las cosas tratándose de pacientes que estaban afiliados a una EPS por la relación laboral y venían recibiendo de ésta un servicio de salud específico del cual depende su vida o su integridad, pero que han sido desvinculados laboralmente, estas entidades deberán continuar la prestación del servicio de salud necesario, en forma oportuna e integral, dirigido a alcanzar la mejoría o alivio de sus padecimientos, hasta tanto la entidad obligada a continuar con la atención, efectivamente asuma su obligación; esto operará, continúen o no los pacientes afiliados al sistema, porque será extensivo a las personas que por defecto se tengan como vinculadas al mismo; y será responsabilidad de esas entidades, que en forma diligente y oportuna informen, instruyan y acompañen al paciente, de ser necesario, en los trámites que deba efectuar para el cambio de entidad.

Con base a lo anteriormentemanifestado, y con el fin de llegar a una decisión, la Corte observa que:

> Tanto el diagnóstico dado por el médico tratante, el cual precisa la enfermedad que padece el actor, como la orden de la cirugía para restablecer su salud, fueron emitidas antes de la desvinculación laboral y de su posterior desafiliación de la entidad demandada (…) la EPS Saludcoop no podía suspender el tratamiento que venía prestando (…), pues tal interrupción, vulnera los derechos del demandante a la salud y a tener una vida digna. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 531 de 2012 (M.P. Adriana María Guillén Arango: Julio 10 de 2012).

Bajo este razonamiento concede el amparo de los derechos invocados y ordena a la EPS practicar de la cirugía que el actor necesita.

1.4. 2013 y 2014

En la sentencia T-045 de 2013 la Corte resuelve la situación de una menor afiliada al Régimen Subsidiado, quien al estar próxima a cumplir la mayoría de edad, debía iniciar un proceso de interdicción por problemas de salud mental, para que de esta forma, sus padres asumieran su representación legal de manera definitiva y así continuar vinculada al Sistema de Salud como su beneficiaria. Para iniciar el mencionado proceso de interdicción era necesaria la calificación de pérdida de capacidad funcional de la menor, por tal razón, se solicitó a la Junta Regional de Calificación de Invalidez realizar la valoración correspondiente, pero se exigía a la accionante la cancelación de una suma de dinero. A través de acción de tutela se pretendió que se ordenara a la Junta Regional de Calificación de Invalidez realizar la calificación de pérdida de capacidad funcional sin exigir el pago. En esta oportunidad la Corte expresó que:

> El artículo 163 de la ley 100 de 1993 indica que el Plan Obligatorio de Salud debe tener cobertura familiar, se entienden como beneficiarios, no solo el cónyuge, el compañero o compañera permanente del afiliado, los hijos menores de 18 años, sino, a su vez, los hijos que tengan menos de 25 años dedicados a estudiar de manera exclusiva y dependan económicamente de quien cotiza o aquellos mayores de 18 años que padezcan de una condición de discapacidad permanente.

La Corte indica que, si bien es viable que se le exija a los afiliados ciertos requisitos de tipo económico o administrativo, esto encuentra un límite cuando tales exigencias puedan convertirse en obstáculos para la materialización de los derechos fundamentales de los beneficiarios del sistema, sobre todo cuando se trata de sujetos de especial protección debido a su estado de debilidad manifiesta, por lo cual se debe tener especial cuidado en la prestación de los servicios de salud de estos sujetos, manteniendo el acceso a la atención especializada que requieran además de no suspender los tratamientos que puedan poner en riesgo la vida y dignidad de la persona.

Finalmente la Corte estima que:

> Las Juntas de Calificación de Invalidez, tienen derecho a recibir el pago de sus honorarios; sin embargo, va en contra del derecho fundamental a la seguridad social exigir a los usuarios asumir el costo de los mismos como condición para acceder al servicio, pues son las entidades del sistema, ya sea la entidad promotora de salud a la que se encuentre afiliado el solicitante, el fondo de pensiones, la administradora o aseguradora, la que debe asumir el costo que genere este trámite, para garantizar de manera eficiente el servicio requerido. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-045 de 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: Febrero 1 de 2013).

Sin embargo, en el caso concreto, la Corte encuentra que no se presenta vulneración de los derechos fundamentales toda vez que la menor "conserva el derecho a permanecer vinculada al sistema de salud en el régimen subsidiado a través de la EPS-S, independientemente de la edad, en virtud de lo establecido en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-045 de 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: Febrero 1 de 2013).

Así mismo, por medio de la sentencia T-209 de 2013 la Corte analiza la situación de un menor de edad afiliado al régimen contributivo, a quien se le diagnosticó retraso mental moderado, motivo por el cual su médico tratante le formuló un medicamento especial no POS. Debido a la desvinculación laboral de la madre, el menor fue desafiliado del sistema. La Corte, en este caso tuteló los derechos invocados con base en el principio de continuidad afirmando que:

> Se han sistematizado las ocasiones en las que la jurisprudencia, al fallar casos concretos, ha decidido que una EPS no puede suspender un tratamiento o un medicamento necesario para salvaguardar la vida y la integridad de un paciente, invocando, entre otras, las siguientes razones: (i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando.
>
> En suma, cuando se ha iniciado un procedimiento de salud, especialmente tratándose de sujetos de especial protección o en casos de enfermedades graves, no es aceptable constitucionalmente que la entidad responsable del servicio suspenda abruptamente la atención por razones económicas o administrativas. En tales eventos, el paciente está en el deber, dentro de sus capacidades, de gestionar nuevamente su vinculación al sistema, por ejemplo dentro del régimen subsidiado, pero la EPS también está en la obligación de acompañarlo y asesorarlo en dichos trámites, así como mantener la atención en salud ya iniciada hasta que otra entidad asuma su efectiva prestación. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-209 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: Abril 15 de 2013).

En la sentencia T-382 de 2013 se presenta la situación de una señora afiliada como cotizante independiente a Coomeva EPS y que tenía como beneficiarios a sus dos hijos. Debido a la incapacidad para pagar las cotizaciones, la madre solicitó su desafiliación con el propósito de vincularse al régimen subsidiado de salud; no obstante, la entidad no accedió, pues, exigió el pago previo de los valores que adeudaba y suspendió la prestación de los servicios médicos en razón a la mora. La Corte en esta oportunidad sustentó su pronunciamiento de acuerdo al principio de continuidad y respecto a éste señalo que:

> Cuando las personas son objeto de tratamientos cuya interrupción puede poner en peligro sus vidas y que adicional a esto no poseen la capacidad económica

> para sufragar de manera particular el costo de tales tratamientos, la suspensión del servicio resulta atentatoria a sus derechos fundamentales. La aplicación de este principio está condicionada a la afectación que por la suspensión se pueda ocasionar a la salud y la vida del paciente. Para reclamar la continuidad de la prestación del servicio médico, aun estando suspendido por mora, es necesario probar que la persona está atravesando un tratamiento o procedimiento que no es susceptible de interrupción y que no puede costear particularmente porque de lo contrario, vería afectado su mínimo vital. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-382 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez: Junio 28 de 2013).

Así, la Corte concede la protección a los derechos a la seguridad social, la vida y la salud de los menores en el sentido de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, ordenando a la Secretaría de Salud afiliar a los menores al Régimen Subsidiado de Salud, sin embargo niega la pretensión de autorizar los servicios médicos, debido a que no se observó que los padecimientos que se le trataban a los menores, estuvieran siendo objeto de atenciones específicas que no debían suspenderse, de tal manera que no se cumplió con lo necesario para reclamar la continuidad de la prestación del servicio médico.

Al siguiente año, la Corte en sentencia T-293 de 2014 presenta la situación de un ciudadano que sufrió un accidente de tránsito, que le impidió continuar en su trabajo, y que lo dejó incapacitado según su médico tratante; sin embargo la EPS Famisanar Ltda. negó la transcripción de la incapacidad, y los servicios que necesitaba por encontrarse desvinculado. La Corte resuelve este caso con base en el principio de continuidad al considerar que:

> En tanto el servicio de salud es considerado un servicio público esencial, no debe ser interrumpido, sin justificación constitucionalmente admisible. La jurisprudencia constitucional se ha encargado de concretar el contenido y alcance del derecho de los ciudadanos a no sufrir interrupciones abruptas y sin justificación constitucionalmente admisible de los tratamientos en salud que reciben. Los criterios que informan el deber de las EPS de garantizar la continuidad de las intervenciones médicas ya iniciadas son: (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-293 de 2014 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla: Mayo 20 de 2014).

Ahora bien, respecto del criterio de necesidad del tratamiento o medicamento, como pauta para establecer cuándo resulta inadmisible que se suspenda el servicio, la Corte recuerda que en la sentencia C-800 de 2003 explicó que:

> Si una persona deja de tener una relación laboral, no vuelve a cotizar al régimen contributivo del sistema de Salud y no se encuentra vinculada de ninguna otra forma a dicho régimen, pero estaba recibiendo un servicio específico de salud. Constitucionalmente no es admisible que se interrumpa el servicio de salud específico que se venía prestando, pues, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, ello implicaría sacrificar el goce efectivo de los derechos a la vida y a la integridad de una persona. Son entonces las EPS que prestaban el servicio requerido, las que deben garantizar, en primera instancia, que la prestación del mismo no se suspenda y en segunda instancia, que la obligación de garantizar la continuidad en la prestación del servicio sea responsabilidad de la entidad. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-800 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: Septiembre 16 de 2003).

Así la Corte, profundiza más aun el principio de continuidad señalando que:

> La continuidad en la prestación del servicio público de salud se ha protegido no sólo en razón de su conexión con los principios de efectividad y de eficiencia sino también por su estrecha vinculación con el principio establecido en el artículo 83 de la Constitución Nacional de acuerdo con el cual las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas. Esta buena fe constituye el fundamento sobre el cual se construye la confianza legítima, esto es, la garantía que tiene la persona de que no se le suspenderá su tratamiento una vez iniciado. En el caso concreto emerge uno de los eventos en los cuales, según ha indicado la jurisprudencia, no es factible suspender un tratamiento, a pesar de

> que la persona haya perdido la calidad de beneficiario, al ser necesario salvaguardar su vida, salud e integridad personal. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-293 de 2014 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla: Mayo 20 de 2014).

CONCLUSIONES

Como resultado de esta investigación es posible concluir que, con la promulgación de la sentencia T-760 de 2008 se produjo un cambio jurisprudencial, que recoge criterios de fallos anteriores en los cuales ya se habían señalado algunos eventos en los que era constitucionalmente inaceptable la violación del derecho a la salud, dado que constituían decisiones dirigidas a interrumpir abruptamente el servicio por parte de las entidades prestadoras de salud. En tal sentido estableció que:

> Una EPS no puede suspender un tratamiento o un medicamento necesario para salvaguardar la vida y la integridad de un paciente, invocando, entre otras, las siguientes razones: (i) Porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos. (ii) Porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo. (iii) Porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario. (iv) Porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado. (v) Porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad. (vi) Porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: Julio 31 de 2008).

Así mismo, pese a que las situaciones fácticas pueden ser diversas, la Corte Constitucional, en pro del cumplimiento del principio de continuidad, se ciñe a ciertos criterios que informan el deber de las EPS de garantizar la continuidad de las intervenciones médicas ya iniciadas, a saber:

> (i) Las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad. (ii) Las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos. (iii) Los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-293 de 2014 (Corte Constitucional Colombiana, 2014).

REFERENCIAS

Ley 10 de 1990 (10 de enero de 1990).

Ley 100 de 1993 (23 de diciembre de 1993).

Sentencia , C-800 (Corte Constitucional 16 de Septiembre de 2003).

Sentencia T-097 (Corte Constitucional 7 de Febrero de 2008).

Sentencia, T-760 (Corte Constirucional 31 de Julio de 2008).

Sentencia, T-122 (Corte Constitucional 24 de Febrero de 2009).

Sentencia, T-746 (Corte Constitucional 19 de Octubre de 2009).

Sentencia, T-035 (Corte Constitucional 1 de Febrero de 2010).

Sentencia T-470 (Corte Constitucional 16 de Junio de 2010).

Sentencia, T-557 (Corte Constitucional 7 de Julio de 2010).

Sentencia T- 417 (Corte Constitucional 17 de mayo de 2011).

Sentencia T- 531 (Corte Constitucional 10 de julio de 2012).

Sentencia T-045 (Corte Constitucional 1 de Febrero de 2013).

Sentencia T-209 (Corte Constitucional 15 de Abril de 2013).

Sentencia T-382 de 2013 (Corte Constitucional 28 de Junio de 2013).

Sentencia T-293 (Corte Constitucional 14 de mayo de 2014).

EXCLUSIVIDAD EN LAS COTIZACIONES, UN REQUISITO QUE VULNERA EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Maria Alejandra Basante[1]
Katherine Nataly Betancourth[2]
María Camila Segovia[3]

RESUMEN

El presente capítulo pretende plasmar las controversias judiciales suscitadas respecto a la interpretación de los requisitos establecidos por el Acuerdo 049 de 1990, a fin de acreditar el número de semanas exigidas para el reconocimiento de la pensión de vejez, analizados a la luz del principio de favorabilidad. Lo anterior, en el marco del proyecto de investigación en Derecho Judicial de la Seguridad Social desarrollado por el grupo de investigación CEJA - Centro de Estudios Jurídicos Avanzados, de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño; siguiendo un paradigma cualitativo y un enfoque histórico-hermenéutico, que resulte en la construcción de una línea jurisprudencial que congregue las posiciones adoptadas por las Altas Cortes, reflejando finalmente su tendencia a permitir la acumulación de los tiempos de cotización en los sectores público y privado para acceder a esta prestación.

PALABRAS CLAVE. Línea jurisprudencial, régimen de transición, Acuerdo 049 de 1990, Instituto de Seguros Sociales, Sistema General de Seguridad Social, principio de favorabilidad.

1 Estudiante, IV año, Facultad de Derecho y ciencias Políticas, Universidad de Nariño. Estudiante Sexto semestre de Administración Pública Territorial, Escuela Superior de Administración Pública – ESAP. Correo Electrónico: alebasante@hotmail.com
2 Estudiante, IV año, Facultad de Derecho y ciencias Políticas, Universidad de Nariño. Correo Electrónico: katherine.betancourth@gmail.com
3 Estudiante, IV año, Facultad de Derecho y ciencias Políticas, Universidad de Nariño. Estudiante Sexto semestre de Administración Pública Territorial, Escuela Superior de Administración Pública – ESAP. Correo Electrónico: camila.segovia@outlook.com
El presente capítulo es producto del trabajo adelantado al interior del Grupo de Investigación Centro de Estudios Jurídicos Avanzados – CEJA – Categoría C Colciencias, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, en el marco del proyecto de investigación en Derecho Judicial de la Seguridad Social.

ABSTRACT

This study aims to provide information about the legal debate related to the interpretation of the requirements of the Agreement 049 (1990), in order to support the number of weeks required for the acknowledgment of retirement age which is analyzed under the scope of the principle of favorability. This study, is developed in the framework of the research project in Judicial Law Social Security developed by the research group called, "CEJA - Centro de Estudios Jurídicos Avanzados", of the University of Nariño. The research is conducted with a qualitative paradigm and a historical-hermeneutic approach, pursuing the construction of a line of jurisprudence that brings the positions taken by the high courts, reflecting its tendency to allow accumulated time in social contribution in the public and private sector to get access to this benefit.

KEYWORDS. Line of case law, Transitional regime, Agreement 049 (1990), Institute of social insurance, General Social Security System, Favorability Principle.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, la pensión de vejez se encuentra amparada por la Constitución Política en su artículo 48, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, esta figura consiste en garantizar a las personas de la tercera edad los recursos mínimos para el cubrimiento de sus necesidades, brindando el amparo frente a todas las contingencias que pueda sufrir este grupo etario, cuando las fuerzas laborales ya no son las mismas, constituyéndose en un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, así lo expresa Muñoz Osorio en artículo publicado en la revista Justicia Juris en el año 2012 (Osorio, 2012).

Sin embargo, antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y del Sistema General de Pensiones adoptado mediante la Ley 100 de 1993, la multiplicidad de regímenes pensionales permitía odiosas diferencias (Monsalve, 2011) entre los trabajadores vinculados al sector privado y los servidores vinculados al sector público, de modo que cada uno subsistía de manera independiente con exigencias propias en tiempos de servicio y cotización que no podían conjugarse para adquirir el beneficio pensional, situación que retrata la Corte Suprema de Justicia en diversas sentencias como la emanada por esta corporación con fecha 26 de Marzo de 2014 y ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo (Corte Suprema de Justicia, 2014).

En vigencia de la Constitución Política de 1991, Colombia se erige como un Estado Social de Derecho, incorporando entre sus pilares el principio de solidaridad, en nombre del cual el Estado y la sociedad adquieren deberes frente a los ciudadanos, es así como en el capítulo 2 del título II se refiere la Carta a los derechos económicos, sociales y culturales, haciendo referencia a la seguridad social en diferentes artículos, (Gobierno Nacional, 1992) como se expresa en el proyecto de ley 155 de 1992 presentado al Congreso de la República, que tendría como resultado la expedición de la Ley 100 en el año 1993, la cual crea el Sistema General de Seguridad Social, (Monsalve, 2011) consagrando en su artículo 33 la posibilidad de acumular, para efectos pensionales los tiempos de servicios y de cotizaciones acumulados en uno y otro sector, tanto en el régimen de prima media con prestación definida así como en el de ahorro individual con solidaridad (Congreso de Colombia, 1993).

CONTROVERSIA

Con el fin de salvaguardar los derechos de las personas que venían cotizando con regímenes anteriores al sistema general de seguridad social, se dispuso que la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez serían los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas, que al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 cumplieran cualquiera de los siguientes requisitos: (Congreso de Colombia, 1993)

a. Tener 35 años las mujeres y 40 años los hombres, ó
b. Tener 15 años o más de servicios cotizados

Uno de los regímenes preexistentes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 era el establecido en el Acuerdo 049 del 1° de Febrero de 1990, por el cual se expide el Reglamento General Del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte (Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, 1990) aprobado por el Decreto Reglamentario 758 del mismo año.

El artículo 12 del mencionado Acuerdo dispone que tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es hombre o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

En consecuencia, quienes ahora son afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en adelante RPMPD, que son beneficiarios del régimen de transición y cuyas cotizaciones fueron efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, en adelante ISS, tienen derecho a que, para el reconocimiento de la pensión de vejez, se consideren los requisitos planteados en el Acuerdo 049 de 1990.

No obstante, como algunas personas no contaban con ese número de semanas de cotización al Seguro Social, con el fin de obtener el total requerido en la norma, solicitaban que les fuera sumado el tiempo laborado en entidades públicas cotizado en las cajas o fondos de previsión, frente a lo cual siempre obtuvieron como respuesta la negativa de la institución, toda vez que el ISS exigía que las cotizaciones fueran realizadas de forma exclusiva en esta entidad, así lo manifiesta la Corte Constitucional al relatar los hechos motivo de la petición en los diferentes fallos de tutela (Corte Constitucional, 2010).

Esta situación suscitó que los beneficiarios tuvieran que acudir a instancias judiciales invocando, mediante acción de tutela, (Valencia, 2010) la protección de derechos fundamentales como la seguridad social, el mínimo vital, la vida digna, la igualdad y el debido proceso en casos en los que personas que son beneficiarias del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pretenden obtener su pensión con el régimen establecido en el Acuerdo 049 de 1990, lo que abre el debate acerca de si es procedente realizar la sumatoria de los tiempos públicos laborados y no pagados al Instituto de Seguros Sociales, con los efectivamente cotizados a este, a fin de completar el número de semanas exigidas en el referido Acuerdo como requisito para acceder a la pensión de vejez (Corte Constitucional, 2014).

Al someterse este tema a discusión de las Altas Cortes, se evidencia una marcada tendencia a aplicar el principio de favorabilidad en la interpretación de los requisitos contenidos en el artículo 12 del referido Acuerdo, frente a la exigencia de exclusividad en las cotizaciones; (Ámbito Jurídico, 2014) erigiéndose este principio como un criterio orientador en los fallos, definiéndolo como el deber que tiene toda autoridad tanto judicial como administrativa de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de

duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, e inclusive, la jurisprudencia sostiene que este principio se aplica cuando una sola norma admite diversas interpretaciones, (Corte Constitucional, 2004) como en el caso en cuestión.

El precedente judicial construido desde el año 2004, con relación al conflicto enunciado, da lugar a establecer que de acuerdo con el principio de favorabilidad, así como la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, es posible acumular los tiempos de servicios cotizados a las cajas o fondos de previsión social, con las semanas de cotización efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, por cuanto la exclusividad en los aportes a esta entidad es un evento no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, (Corte Constitucional, 2014) , sin embargo, esta postura no ha sido uniforme, pues ha sufrido variaciones, dependiendo de factores como: (i) la Corte a la que se somete el estudio de los casos particulares, y (ii) el Magistrado que tenga a su cargo la ponencia de la sentencia, situaciones que se pretenden abordar en el desarrollo del presente capítulo.

Lo consignado en el presente capítulo corresponde a la creación de una línea jurisprudencial, en la que se busca, como primera medida, definir un problema jurídico que haya sido abordado mediante pronunciamientos judiciales, para luego agruparlos de acuerdo a un patrón fáctico analógico, y asignarles un peso estructural dentro de la línea, que permita identificar los cambios decisionales a lo largo de la jurisprudencia; ya sea por sucesivas reorientaciones o por modificaciones drásticas de la posición de la corte; evidenciando así las dinámicas de decisión colegiada al interior de la misma, con el fin de identificar el balance constitucional entre las tesis contrapuestas que puedan resolver el problema jurídico, teniendo como producto, la extracción de la sub-regla de derecho aplicable, así como la tendencia que a través del tiempo se ha manifestado sobre el caso particular (López Medina, 2008).

El presente capítulo pretende abordar la forma como las Altas Cortes han resuelto el problema jurídico según el cual, ¿Cuando una persona beneficiaria del régimen de transición, pretenda pensionarse según lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, es procedente realizar la sumatoria de los tiempos públicos laborados y no pagados al Instituto de Seguros Sociales, con los efectivamente cotizados a este; a fin de completar el número de semanas exigidas, como requisito para acceder a la pensión de vejez?.

Como respuesta a este interrogante, se plantean dos tesis contrapuestas.

(i) No, los beneficiarios del régimen de transición deben haber cotizado todo el tiempo de servicios exigido por la ley exclusivamente al Instituto de Seguros Sociales, sin que sea posible acumular las semanas aportadas a otros fondos o cajas de previsión social, públicas o privadas; y

(ii) Sí, para obtener la pensión de vejez en virtud del artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, es posible acumular tiempos de servicios tanto del sector publico cotizados a cajas o fondos de previsión social, como del sector privado cotizados al Instituto de Seguros Sociales.

Para determinar cuál ha sido la tesis imperante, la investigación retoma el precedente judicial construido por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en torno a la procedencia de dicha acumulación de tiempos, estudiando un periodo de 11 años, teniendo como punto arquimédico la sentencia CCSU-769/14 la cual cumple con los dos requisitos señalados por López Medina, en su libro El Derecho de los Jueces, a saber, (i) que sea la más reciente posible, y (ii) que los hechos relevantes tengan el mismo patrón fáctico del problema en cuestión (López Medina, 2008).

En jurisprudencia de la Corte Constitucional se identificaron diecisiete (17) pronunciamientos en total, de los cuales, dieciséis (16) corresponden a fallos en sede de revisión de tutela (CCT) y uno (1), corresponde a una sentencia de unificación (CCSU). La Corte Suprema de Justicia, por su parte, sentó su posición en tres (3) fallos, uno de ellos en el año 2004, siendo la primera sentencia emanada por una alta Corte con respecto al tema en cuestión, constituyéndose así como la sentencia fundadora de línea, en el año 2011 tiene de nuevo la oportunidad de expresar su postura, y en dos oportunidades emana sentencias con un peso estructural relevante dentro de la línea jurisprudencial, por ser modificadoras de la misma.

El análisis de estos fallos se realizó, en primera medida, a través de fichas de recolección de información, que permitieron estructurar el análisis estático de las sentencias objeto de estudio, consistente en la identificación en cada una de ellas de aspectos formales y aspectos de fondo, con el fin de establecer los supuestos fácticos que acompañaron la presentación de los recursos y la motivación en que cada una de las Cortes fundamentaron su decisión; para luego dar paso a un análisis dinámico que recoge toda la información fruto de la etapa anterior, teniendo como fin establecer

las subreglas aplicables a la resolución del problema, y la esquematización de la línea en forma gráfica.

El problema jurídico objeto de estudio, se enmarca en un desarrollo jurisprudencial complejo, pues a lo largo de los años ha sufrido variaciones, dadas las diversas interpretaciones que se han suscitado como respuesta al interrogante planteado, situación que se refleja en los pronunciamientos de las Altas Cortes, arrojando como resultado una línea jurisprudencial enriquecida por decisiones dotadas de un peso estructural importante, como son, las sentencias fundadoras, modificadoras y confirmadoras de línea, que en su conjunto, son conocidas como sentencias hito, las cuales se pretenden abordar en el desarrollo del presente capítulo, ya que aportan elementos importantes para la construcción del precedente jurídico aplicable.

Así las cosas, las sentencias consideradas fundadoras dentro de la investigación, son: (i) CSJ SL, 4 nov. 2004, rad 23611, y (ii) CCT – 090/09, siendo éstos los fallos que dan inicio a la construcción del precedente en cada una de las Cortes.

Con respecto a la primera sentencia, la Corte Suprema de Justicia conoce el caso de una persona que pretendía acceder a la pensión de vejez según el acuerdo 049 de 1990, el ISS resuelve de forma negativa tal pretensión, toda vez que, si bien el accionante cotizó 1.000 semanas en toda su vida laboral, dichos aportes se realizaron en forma discontinúa, debido a los diferentes empleos que tuvo y a que no siempre estuvo afiliado al Instituto, por tanto, a juicio del ISS, no es dable realizar el cómputo de los tiempos cotizados a otras entidades con los efectivamente cotizados a éste. (Corte Suprema de Justicia, 2004) Esta tesis fue ratificada en primera y segunda instancia por los jueces laborales de la ciudad de Bogotá.

Al conocer el asunto, la Corte asume la postura según la cual, las cotizaciones deben ser efectuadas exclusivamente al ISS, por cuanto en el referido Acuerdo no existe una disposición que permita la sumatoria de las semanas sufragadas a cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público; con el tiempo trabajado en el sector privado, situación que a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 sí es posible para las pensiones que se rijan en su integridad por ella (Corte Suprema de Justicia, 2004).

Además, afirma la sala, que si bien antes de la precitada norma se produjo una regulación normativa que permite la posibilidad de acumular los tiempos, a través de la denominada pensión de jubilación por aportes, esta no es la situación jurídica que

corresponde al recurrente, quien pretende realizar el reconocimiento de su pensión de vejez con arreglo al aludido Acuerdo 049 de 1990, pues éste no contempla una disposición expresa que permita realizar dicho cómputo, como si lo hacen normas diferentes que no se incluyen dentro del objeto de la petición, por esta razón y tomando como base los argumentos antes expuestos, la sala procede a negar el recurso de casación interpuesto por el demandante.

Años más tarde, la Corte Constitucional en su sentencia fundadora (Corte Constitucional, 2009), considera viable la tutela instaurada por el accionante contra el acto administrativo emanado por el ISS, el cual negaba el reconocimiento de la pensión de vejez aludiendo que el recurrente no contaba con el número de semanas cotizadas de forma exclusiva a esta entidad, y que la acumulación de tiempos que solicitaba a fin de acceder al mencionado reconocimiento prestacional solo era posible a la luz de lo establecido en el artículo 9 de la ley 797 de 2003, que modificó en su integridad el artículo 33 de la ley 100 de 1993 (Congreso de Colombia, 2003) y que permite la acumulación de tiempos de servicio como servidor público y el tiempo cotizado al ISS, sin embargo esta disposición exige como requisito para acceder a la pensión de vejez, un total de 1075 semanas cotizadas, requisito que no cumple el peticionario, ya que ha cotizado tan solo 1007 semanas.

La Corte Constitucional considera errada dicha argumentación al considerar que:

> La presunta vulneración de los derechos fundamentales que sufre el peticionario surge de la existencia de dos interpretaciones acerca de la posibilidad de acumular tiempo laborado en entidades estatales, dichas interpretaciones tienen 2 posibles resultados:
>
> - Que el accionante conserve los requisitos de la ley 100 de 1993
> - Que el accionante se vea afectado por las reformas introducidas por la ley 797 de 2003 y como tal se aumenten las semanas para su pensión.

Así la cosas, la corporación evidencia la falta de aplicación del principio de favorabilidad por parte del ISS ya que existiendo duda con respecto a la aplicación de dos normas vigentes, la entidad decidió aplicar aquella que fue en contra de los intereses del accionante, razón por la cual el ISS vulneró los derechos fundamentales del mis-

mo, como son, el debido proceso y a la seguridad social, pues para la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 el actor habría cumplido la edad y el número de semanas requeridas para acceder a la pensión bajo el acuerdo 049 de 1990, tal como consta en el expediente de la sentencia.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional, abordando el problema jurídico en cuestión, sostiene, desde su primer fallo, que la interpretación más favorable para el actor es aquella que le permite conservar los beneficios del régimen de transición y pensionarse con 1000 semanas de cotización de conformidad con el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, para lo cual es procedente efectuar la acumulación de tiempos de cotización que se solicita.

Esta diferencia entre las posturas de las dos altas cortes se mantuvo hasta el año 2011, período en que la Corte Constitucional emanó sentencias en las que avala la acumulación de tiempos aludida y que mantienen el patrón fáctico trabajado, como las sentencias CCT-398/09, CCT-583/10, CCT-093/11, CCT-334/11, CCT-559/11, CCT-637/11, CCT-714/11, en las que se concede el amparo de los derechos tutelados, ordenando otorgar la prestación, toda vez que los requisitos del Acuerdo se cumplen a través de la acumulación de tiempos.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, mantiene la negativa que inicialmente había manifestado, confirmando su posición en 2 fallos proferidos en el año 2011, como son, CSJ SL, 25 ene, 2011. rad.42621, y CSJ SL, 1 feb, 2011. rad.41703, en los cuales, reiterando argumentos expuestos en su sentencia fundadora de línea, decide no casar las decisiones tomadas por los tribunales de turno, por esta razón, se erigen, por una parte, como sentencias confirmadoras de línea en cuanto al precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia, como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria; sin embargo, se consideran modificadoras de línea, teniendo en cuenta que para efectos de la investigación se han tomado como referente las determinaciones de ambas cortes, y que las sentencias proferidas por la jurisdicción Constitucional se inclinan por la postura contraria.

En el año 2012, se evidencia un cambio en la Corte Constitucional, al revisar un fallo de tutela en el que se buscaba la acumulación de tiempos, con el fin de cumplir el requisito de las 500 semanas para acceder a la pensión de vejez, contemplado en el Acuerdo 049/90, pues, en la sentencia CCT-201/12, se niega dicha acumulación con base en que, según la regla reiterada por la Corte (Corte Constitucional, 2012):

> Sí es posible acumular semanas cotizadas al ISS y a otras entidades de previsión social, para otorgar pensiones de vejez bajo el Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del régimen de transición, siempre y cuando se cumplan los requisitos de 1000 semanas de cotización y la edad requerida.

En este caso, la Corte no permite la acumulación de tiempos frente al requisito de las 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años, sino que interpreta su propia jurisprudencia, aduciendo que tal acumulación solo sería posible en el caso de cumplirse el requisito de las 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo establecido por el artículo 12 del referido Acuerdo. En consecuencia, el accionante no cumpliría con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049/90, por lo cual es improcedente la acción de tutela contra la sentencia proferida por el Juzgado 5° laboral del circuito de Bucaramanga.

Es necesario resaltar, que esta nueva posición adoptada por la Corte, se ve influenciada por el pensamiento del Magistrado ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla, quien en anteriores fallos, (Corte Constitucional, 2011) desempeñando el mismo papel, aceptó la acumulación de tiempos para el cumplimiento del requisito de las 1000 semanas, (Corte Constitucional, 2011) dando como resultado, que en el año 2012 adopte una posición intermedia, puesto que a pesar de permitir el cómputo de tiempos y aceptar que el acuerdo no contempla una disposición expresa que exija la exclusividad en las cotizaciones, restringe tal acumulación cuando se trate de 500 semanas; sin tener en cuenta que en anteriores sentencias como la CCT-637/11 y la CCT-714/11, la Corporación ya había dado aval para dicha acumulación sin importar el número de semanas con que se pretendía cumplir el requisito.

En los años 2012 y 2013, la Corte profiere diferentes sentencias, que tienen como patrón común, la adopción de la tesis que permite realizar la acumulación de tiempos, para cumplir el requisito tanto de 1.000 como de 500 semanas, con dos argumentos principales (Corte Constitucional, 2013):

(i) La falta o indebida aplicación de las normas previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hacen nugatorios los beneficios que se derivan del régimen de transición y, en consecuencia, del régimen anterior al cual se encuentra afiliado el peticionario y (ii) El artículo 12 del Decreto 758 de 1990 "por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios", no exige que las cotizaciones se hayan efectuado de manera exclusiva al Instituto de Seguros Sociales.

La Corte es enfática en descartar, tanto la interpretación del ISS, como de las instancias judiciales que han conocido los casos particulares negando la tutela de los derechos fundamentales de los accionantes, puesto que a pesar del amplio margen interpretativo de que gozan las autoridades judiciales, la aplicación es inaceptable por tratarse de una interpretación contra legem o ser irrazonable o desproporcionada para los intereses legítimos de una de las partes. Ello es así, por cuanto, se realiza una exigencia no contemplada en el Decreto 758 de 1990 (Corte Constitucional, 2013).

A pesar de la reiterada posición que adopta la Corte Constitucional a partir del año 2009, los autoridades judiciales y administrativas continuaron vulnerando los derechos de los peticionarios, desconociendo así el precedente construido por esta Alta Corte a partir del año 2.009, por tal razón, y en forma concluyente, en el año 2014, la Corte Constitucional profirió la sentencia CCSU-769/14, a fin de unificar el precedente jurisprudencial y definir los criterios aplicables a la resolución de este conflicto.

La Corte realiza un ejercicio interpretativo según el cual, para optar por la pensión de vejez bajo el régimen del acuerdo 049 de 1990, es dable acumular tiempos de servicios, tanto en el sector público cotizados a cajas o fondos de previsión social, como del sector privado cotizados al Instituto de Seguros Sociales. Esto, al concluir que (i) del tenor literal de dicha disposición no se desprende exigibilidad alguna de que las cotizaciones hayan sido efectuadas exclusivamente a dicha entidad, y (ii) El régimen de transición se circunscribe a tres ítems – edad, semanas cotizadas y monto de la pensión-, dentro de los cuales no se encuentran las reglas para el cómputo de las semanas cotizadas, lo cual sugiere que deben ser aplicadas las del sistema general de pensiones, según lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 (Corte Constitucional, 2014).

Esta decisión tiene su sustento en el principio de favorabilidad en materia laboral, derivado del artículo 53 Constitucional y 21 del CST, (Corte Constitucional, 2011) el cual consiste en aplicar la situación que resulte más favorable al trabajador en caso de duda entre dos normas vigentes o dos interpretaciones de una misma norma. La aplicación de este principio sobre el régimen contenido en el Acuerdo 049 de 1990, implica que, la entidad o autoridad responsable deberá acumular los tiempos cotizados a entidades públicas para contabilizar las semanas requeridas, atendiendo a dos razones: (i) la falta de aplicación de las normas previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 harían nugatorios los beneficios que se derivan del régimen de transición y, en consecuencia, del régimen anterior al cual se encuentra afiliado el peticionario y (ii) el

artículo 12 del mencionado acuerdo no exige que las cotizaciones se hayan efectuado de manera exclusiva al ISS (Corte Constitucional, 2014).

Demostrando así, que el principio de favorabilidad en materia laboral se impone sobre la interpretación errada que realizó el Instituto de Seguros Sociales como se evidencia desde el año 2004 en el proceso de construcción de la línea jurisprudencial que puede apreciarse por medio del siguiente esquema gráfico.

Tabla 1. Exclusividad vs favorabilidad

Problema jurídico ***¿Cuándo una persona beneficiaria del régimen de transición, pretenda pensionarse según lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, es procedente realizar la sumatoria de los tiempos públicos laborados y no pagados al Instituto de Seguros Sociales, con los efectivamente cotizados a este; a fin de completar el número de semanas exigidas, como requisito para acceder a la pensión de vejez?***				
Tesis 1 No, los beneficiarios del régimen de transición deben haber cotizado todo el tiempo de servicios exigido por la ley exclusivamente al Instituto de Seguros Sociales, sin que sea posible acumular las semanas aportadas a otros fondos o cajas de previsión social, públicas o privadas.	Ω **Radicado N°23611 de 2004 MP. Burgos Ruiz**		π **Ley 100 de 1993** ¤ **T-090 de 2009 MP. Sierra Porto** ¤ **T-398 de 2009 MP. PreteltChaljub** ¤ **T-583 de 2010 MP. PreteltChaljub**	**Tesis 2** Sí, para obtener la pensión de vejez en virtud del artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, es posible acumular tiempos de servicios tanto del sector público cotizados a cajas o fondos de previsión social, como del sector privado cotizados al Instituto de Seguros Sociales

[4] Considerada sentencia hito o fundante, debido a que es la primera que trata el tema en cuestión.

Tesis 1				Tesis 2
No, los beneficiarios del régimen de transición deben haber cotizado todo el tiempo de servicios exigido por la ley exclusivamente al Instituto de Seguros Sociales, sin que sea posible acumular las semanas aportadas a otros fondos o cajas de previsión social, públicas o privadas.	Ω Radicación N°41703[5] de 2011. MP. Molina Monsalve ¤ Radicación N° 42621 de 2011. MP. Molina Monsalve		¤ T-093 de 2011 MP. Vargas Silva ¤ T-334 de 2011 MP. Pinilla Pinilla ¤ T-559 de 2011 MP. Pinilla Pinilla ¤ T-637 de 2011 MP. Vargas Silva	Sí, para obtener la pensión de vejez en virtud del artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, es posible acumular tiempos de servicios tanto del sector público cotizados a cajas o fondos de previsión social, como del sector privado cotizados al Instituto de Seguros Sociales

5 Sentencias consideradas confirmadoras de línea para la Corte Suprema de Justicia, pero Modificadora de línea para efectos de la investigación, ya que se integran sentencias de la Corte Constitucional

		Ω T-201 de 2012[6] MP. Pinilla Pinilla	¤ T-714 de 2011 MP. Vargas Silva ¤ T-100 de 2012 MP. Gonzales Cuervo ¤ T-360 de 2012 MP. Palacio Palacio ¤ T-063 de 2013 MP. Guerrero Pérez ¤ T-145 de 2013 MP. Calle Correa ¤ T-476 de 2013 MP. Calle Correa ¤ T-596 de 2013 MP. Pretelt Chaljub Ω SU- 769 de 2014[7] MP. Palacio P.

6 Esta sentencia se ubica en una posición intermedia, debido a que permite la acumulación únicamente para cumplir el requisito de las 1000 semanas, restringiendo su aplicación en lo referente a las 500 semanas.

7 Esta sentencia fue tomada como punto arquimédico para la elaboración de la línea jurisprudencias y es considerada confirmadora de línea, por cuanto unifica el precedente de la Corte.

CONCLUSIONES

De conformidad con los precedentes jurisprudenciales, para el efecto del reconocimiento de la mencionada prestación es posible acumular los tiempos de servicios cotizados a las cajas o fondos de previsión social, con las semanas de cotización efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, por cuanto la exclusividad en los aportes a esta entidad es un evento no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990.

De acuerdo con los principios de favorabilidad e in dubio pro operario, así como la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, la acumulación mencionada es válida no solo para los casos en los que fueron acreditadas 1000 semanas en cualquier tiempo, sino también para los eventos en los que se demostró haber reunido un total de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida.

En este entendido, la aplicación del principio de favorabilidad se extiende incluso para casos en los cuales se pretenda acumular el tiempo laborado en entidades públicas respecto de las cuales el empleador no efectuó las cotizaciones a alguna caja o fondo de previsión social, con las semanas aportadas al Instituto de Seguros Sociales. Lo anterior, toda vez que se trata de una circunstancia que puede limitar el goce efectivo del derecho a la seguridad social y porque el hecho de no haberse realizado las respectivas cotizaciones o descuentos no es una conducta que deba soportar el trabajador, más aun cuando es la entidad pública la que asume la carga prestacional.

REFERENCIAS

Ámbito Jurídico. (31 de Octubre de 2014). *Noticias jurídicas y análisis de nuevas leyes*. Recuperado de: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti143110-11corte_recuerda_linea_jurisprudencial_sobre_tiempo/noti143110-11corte_recuerda_linea_jurisprudencial_sobre_tiempo.asp

Congreso de Colombia. (23 de Diciembre de 1993). *Alcaldia de Bogotá*. Recuperado de: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5248

Congreso de Colombia. (29 de Enero de 2003). *Alcaldía Bogotá D.C.* Recuperado de Régimen Legal de Bogotá D.C: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7223

Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios. (11 de Abril de 1990). *Colpensiones.* Recuperado de: http://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_0758_1990.htm

Gobierno Nacional. (1992). Proyecto de Ley 155 Senado, 204 de 1992 Cámara. *Ponencia para segundo debate.* Bogotá D.C.

López Medina. (2008). *El Derecho de los Jueces* (Segunda ed.). Bogotá: Legis.

Monsalve, G. A. (2011). *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social* (Tercera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores.

Navarrete, L. V. (2006). *Introducción a las técnicas cualitativas de investigación aplicadas a la salud : cursos GRAAL 5* (Primera ed.). Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona.

Sentencia, CCT-545/04 (Corte Constitucional de Colombia 28 de Mayo de 2004).

Sentencia, CSJ SL, 4 nov. 2004, rad 23611 (Corte Suprema de Justicia 04 de Noviembre de 2004).

Sentencia, CCT-090/09 (Corte Constitucional de Colombia 17 de Febrero de 2009).

Sentencia, CCT-398/09(Corte Constitucional de Colombia 04 de Junio de 2009).

Sentencia, CCT-583/10 (Corte Constitucional de Colombia 22 de Julio de 2010).

Sentencia, CCT-093/11(Corte Constitucional de Colombia 17 de Febrero de 2011).

Sentencia, CCT-334/11 (Corte Constitucional de Colombia 04 de Mayo de 2011).

Sentencia, CCT-559/11 (Corte Constitucional 14 de Julio de 2011).

Sentencia, CCT-572/11 (Corte Constitucional de Colombia 21 de Julio de 2011).

Sentencia, CCT-637/11(Corte Constitucional de Colombia 25 de Agosto de 2011).

Sentencia, CCT-714/11(Corte Constitucional de Colombia 22 de Septiembre de 2011).

Sentencia, CCT-201/12 (Corte Constitucional de Colombia 14 de Marzo de 2012).

Sentencia, CCT-145/13 (Corte Constitucional de Colombia 14 de Marzo de 2013)

Sentencia, CCT-476/13 (Corte Constitucional de Colombia 24 de Julio de 2013).

Sentencia, CCT-596/13 (Corte Constitucional de Colombia 30 de Agosto de 2013).

Sentencia, CSJ SL, 16 mar. 2014, rad. 43904 (Corte Suprema de Justicia 16 de Marzo de 2014).

Sentencia, CCSU-769/14 (Corte Constitucional de Colombia 16 de Octubre de 2014).

Sentencia, CCSU-769/14 (Corte Constitucional de Colombia 16 de Octubre de 2014).

Osorio, M. (2012). *La Pensión como Derecho Fundamental en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.* Recuperado de Colciencias. http://publindex.colciencias.gov.co:8084/publindex/EnArticulo/busquedaArticulo.do?secuencial=108&cod_revista=404&cod_articulo=95&cod_fasciculo=11

Valencia, E. (2010). *Redalyc.* Recuperado de Procedencia de la Tutela para el Reconocimiento a la Pensión de vejez: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630234013

RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN PAREJAS DEL MISMO SEXO: UNA VISIÓN AL DEPARTAMENTO DE NARIÑO

Diana Marcela Rojas Erazo
Daissy Carolina Henriquez Buesaquillo[1]

RESUMEN

En Nariño, bajo el contexto de ser un Departamento de ideologías conservadoras bastante arraigadas es difícil encontrar un caso preciso en el cual se haya otorgado una Pensión de Sobrevivientes para parejas conformadas por personas del mismo sexo, por ende es preciso remitirse a un análisis previo para anticiparnos a la conducta de los administradores de justicia en caso tal de que se les presente un caso bajo estos parámetros. De igual manera es importante analizar las fuentes jurídicas que han dado origen a esta prestación en las condiciones de igualdad para parejas conformadas por personas del mismo sexo, para determinar su incidencia en la consolidación del panorama colombiano. Es así, como el precedente jurisprudencial pese a que ha tenido una alta divulgación en los medios de comunicación no es de pleno conocimiento para los jueces; en consecuencia al final de la presente investigación se determinará la postura de los administradores de justicia, a través de valores cuantitativos que avalan nuestra hipótesis.

PALABRAS CLAVE. Parejas del mismo sexo, pensión de sobrevivientes, igualdad, jueces, Comunidad LGBTI, precedente jurisprudencial, derecho humano.

ABSTRACT

In Nariño, under the assumption of being a deeply rooted conservative department, it is difficult to find a specific case in which has been granted a survivorship pension within couples formed by people of the same sex; therefore it is necessary to refer to an analysis that anticipates the behavior of administrators of justice, when facing a case under these parameters. It is important to analyze the legal considerations which supported the grant of this benefit under conditions of equality for couples formed by people of the same sex, to determine its incidence in the national scope. However media has shown importance on this issue, judges have not studied the considerations in deep. Thus, the aim of this investigation will explain judge´s attitude, through quantitative values that support our hypothesis.

KEYWORDS. Gay couples, survivorship pension, equality, judges, LGBT, precedent, human rights

INTRODUCCIÓN

Históricamente las parejas del mismo sexo han sido víctimas de diversos tipos de discriminación, una de las más preocupantes es el descuido estatal frente a sus derechos ya sea para el reconocimiento de su unión o de los derechos patrimoniales derivados de la misma.

En materia pensional, la Ley 100 de 1993 constituye la pauta legal para el reconocimiento de dichos derechos, pero cabe aclarar que esta ley no es extensiva para la inclusión de parejas del mismo sexo, en confrontación a la escasa protección, en años recientes la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha consolidado como la máxima defensora e innovadora fuente de protección y reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo. A través de la emanación de la Sentencia C 336 de 2008 y la Sentencia C 051 de 2010 las cuales se han constituido como sentencias modificadoras que han marcado claras subreglas jurisprudenciales que deben aplicarse en todos los casos de pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo.

Se busca que a través del reconocimiento de la igualdad como un derecho fundamental se genere una aplicación extensiva para las parejas conformadas por personas del mismo sexo, no solo desde el reconocimiento jurídico sino de la aplicación y atención que recibe esta comunidad a la hora de realizar sus trámites jurídicos.

Principalmente se parte de una revisión de las fuentes jurídicas, a nivel nacional, es decir fuentes legales y políticas públicas, para posteriormente recaer en el contexto nariñense, con el fin de determinar cuál ha sido el avance a nivel regional del reconocimiento de la Pensión de Sobrevivientes para parejas conformadas por personas del mismo sexo, enfatizando en la posible aplicación del precedente jurisprudencial por los administradores de justicia, en aras del principio de igualdad.

1 Estudiantes de IV año de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Nariño.Correo Electrónico: marcerojas@udenar.edu.co. El presente capítulo es producto de la Investigación denominada *Avance en el Departamento de Nariño en Cuanto al Reconocimiento de Pensión de Sobrevivientes en Parejas Conformadas por Personas del Mismo Sexo, en Atencion a las Fuentes Juridicas Nacionales e Internacionales: Debates Jurisprudenciales*, realizada en la Universidad de Nariño, al interior del Grupo de Investigación Centro de Estudios Jurídicos Avanzados – CEJA – Categoría C Colciencias, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

1. BREVE RECORRIDO POR EL ÁMBITO INTERNACIONAL

La homosexualidad es tomada en cuenta por los diferentes Ordenamientos Jurídicos del mundo, y es considerada en determinadas regiones como legal, donde los gobiernos trabajan por la eliminación de la discriminación y la otorgación de derechos; y en otras como ilegal, en las que se sanciona de manera económica, con cárcel y en los casos más extremos con la pena de muerte.

En el marco de Derecho Internacional se encontraban diversos instrumentos que sobresalían por lograr un reconocimiento, defensa y protección de Derechos Fundamentales de todo ser humano sin distinción alguna, sin embargo ni dentro de dichos documentos ni en otros instrumentos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos se hacía referencia dentro de sus disposiciones o contenidos a la orientación sexual como una libertad del ser humano o se condenaba la persecución o discriminación que existía en torno a esta.

Un primer intento de poner en discusión internacional la discriminación basada en la orientación Sexual se da en el año de 1993 con un miembro de la subcomisión de Francia de la ONU, siendo esta propuesta aceptada hasta el año de 1995 sin embargo el estudio que se realizó arrojó datos de grupos discriminados pero en razón del VIH y SIDA, ante esta exclusión se promovió mediante votación la inclusión a la realización de estudios de la población LGBTI a pesar de que no se tratara oficialmente sobre el tema aludiendo que no era necesario una mayor investigación sobre el tema para que estuviese dentro de la agenda (Pérez, 2000).

La pronunciación más importante a nivel internacional se da en el Parlamento Europeo, donde el Comité de Derechos Civiles y Asuntos Internos del Parlamento Europeo realiza un informe sobre asuntos relativos a la situación de igualdad en derechos de lesbianas y homosexuales, razón por la que se expide en febrero de 1994 una resolución que entre otros puntos insta a:

> Terminar con la desigualdad en el trato contra personas de orientación homosexual contenido en las disposiciones jurídicas y administrativas de leyes como la de seguridad social, incluidos los beneficios en esta materia, de adopción, de sucesiones, en los códigos penales y en todas aquellas que contengan este tipo de discriminación (Pérez, 2000).

El beneficio por fallecimiento, es una de las prestaciones de Seguridad Social, en aras de proteger el bienestar familiar de todos los dependientes del fallecido, en el ejercicio de su actividad o no, o incluso cuando ya estaba a punto de obtener la jubilación. Desde su naturaleza sustitutiva esta prestación está diseñada para satisfacer, o al menos para minimizar la falta de aquellos que proporcionan las necesidades económicas de las personas a cargo (Recurso especial N° 395.904, 2005).

En Argentina, ante la constante presión de las comunidades defensoras de los derechos de los homosexuales, la Administración Nacional de la Seguridad Social a través de la Resolución 671 de 2008, se declaró a los convivientes del mismo sexo incluidos en los alcances del artículo 53 de la Ley N° 24.241, como parientes con derecho a la pensión por fallecimiento del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad del Régimen Previsional Público o del Régimen de Capitalización (Resolución 671, 2008).

En la legislación brasileña, la unión estable había sido reconocida entre personas del mismo sexo, y este reconocimiento se da también en la Seguridad Social, ya que la dependencia económica también existe en las relaciones homoafectivas y el derecho de conceder la pensión de beneficio para la muerte también se extiende a estas relaciones (Mauro, 2013).

Uruguay dispone de un sistema normativo bastante ordenado, lo anterior se justifica en que con relación al tema de pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo, solo se encuentra dos parámetros legales, que son la Ley N° 16.713 de 1995 y la Ley N° 18246 de 2007.

El 29 de enero del 2014, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) atrajo el caso de un amparo post mortem a José Alberto Gómez Barroso para que su esposo pueda recibir una pensión y servicios médicos por parte del instituto, en Puebla. Este caso, fue el primero en el cual la Suprema Corte otorgo un amparo a una persona fallecida, ya que su esposo tendrá que ser dado de alta en el IMSS y podrá solicitar su pensión por viudez (El Universal, 2014).

2. ORBITA CONSTITUCIONAL, UNA APROXIMACIÓN HACIA LA IGUALDAD

En Colombia la aceptación e inclusión de las parejas conformadas por personas del mismo sexo en la órbita garantista del Estado Social de Derecho fue lenta, progresiva pero no total, razón por la cual sólo desde el año de 1980 la condición de Homosexualidad dejo de ser delito y a partir del año 2001 se empieza a incorporar mayor punibilidad a las conductas y actos de razón discriminatoria hacia esta población (Forero y Cárdenas, 2009).

Ya con la incidencia en nuestro país de diferentes hechos históricos que hicieron que se reforme la política y la cosmovisión en el mundo occidental y por ende de América, las constituciones tuvieron que tener una transformación propendiendo por la inclusión de valores y principios que debieran regir a la sociedad, alejándose un poco de la visión religiosa que hacía que la mayoría de la sociedad viera en la homosexualidad una enfermedad repudiable:

> "La religión, la tranquilidad política, la moral y la decencia pública, la reputación personal y la protección de la vida íntima personal y familiar, se constituían en los límites infranqueables de la libertad individual. El dogma, la sujeción política, el respeto de la moral y la infranqueabilidad del individuo –posteriormente de la familia- constituyeron los elementos con los cuales se ideó la esfera pública de Colombia" (Guzmán, 2000).

La constituyente de 1991 conformada por diferentes corrientes políticas le dio al constitucionalismo una connotación de pensamiento más amplio, la nueva Constitución trajo consigo la innovación en su parte orgánica pero lo que le representó el avance más relevante fue su parte dogmática, separando los derechos en fundamentales, sociales económicos, culturales y ambientales, en donde se implantan nuevos derechos como la libertad de expresión, la igualdad con concepto amplio dándole una protección especial a los grupos vulnerables, y como el gran avance la implantación del derecho a la seguridad social en su artículo 48: "Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social", del mismo modo al consagrar mecanismos para la exigencia de sus derechos cuando éstos se vean vulnerados, hablando específicamente de la acción de tutela, método que en sí no tendría que ser utilizado por la obligatoriedad que tiene el Estado y en general la sociedad de no impedir el ejercicio libre de los derechos legítimamente concedidos, sin embargo ha sido de gran importancia pues con esto se permite el reconocimiento y garantía de

los mismos, en este caso el del acceso a la Seguridad Social. Aquí ya se consagra a la seguridad social como un derecho de toda persona, que en concordancia con el derecho a la igualdad le da pie a las parejas conformadas por personas del mismo sexo a reclamar legítimamente sus derechos pensionales de manera igualitaria por lo que la Corte Constitucional como órgano defensor de la Norma Superior, los ha tenido en cuenta a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1991.

La Ley 100 de 1993, un vacío legal

La Ley 100 de 1993, modificada por Ley 797 de 2003 contempla en su artículo 47 los beneficiarios para acceder a la pensión de sobrevivientes, el cual contempla:

"ARTICULO. 47.- Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite (…)".

La norma anterior deja un vacío jurídico al no determinar el sexo del cónyuge o compañero permanente, motivo por el cual ha sido la Corte Constitucional la encargada de desarrollar el reconocimiento de pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo, como se referenciará más adelante.

3. CARENCIA DE UNA POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL

Como mandato constitucional el Gobierno Nacional, los gobiernos locales y las instituciones públicas, están en la obligación de diseñar e implementar políticas públicas integrales que garanticen la igualdad y no discriminación de las personas LGBTI, a través de la aprobación de marcos legales, con campañas de educación y sensibilización de la comunidad, capacitación a funcionarios públicos y eliminación de obstáculos institucionales para el disfrute de los derechos (Colombia Diversa, 2007).

No obstante, uno de los más grandes retos es construir una política pública garantista con enfoque diferencial a gran escala, ya que en Colombia no existe una política pública nacional LGBTI.

Ante la inexistencia de la Política Pública Nacional, se creó una "Mesa de Casos Urgentes" en cabeza del Ministerio del Interior y en la que participaban Fiscalía y Policía Nacional. Sin embargo, ésta es ineficiente, pues no se contó con criterios claros

para evaluar los casos, bajo este contexto, la Vicepresidencia de la República, en el año 2012 informó que se hizo un acuerdo de voluntades entre varias instituciones para avanzar en la garantía y respeto de los derechos humanos y darle así, impulso a la Mesa. "Sin embargo, este acuerdo genera poca credibilidad por la falta de avances en materia de política pública y la presencia de una entidad como la Procuraduría General de la Nación, que se ha opuesto abiertamente al reconocimiento de derechos a personas LGBT" (Colombia Diversa, s.f).

4. LA FUERZA GARANTISTA DE DERECHOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Tras el desarrollo de la línea jurisprudencia, y a partir de la sentencia arquimédica (T-151 de 2014) se procedió a la revisión de las sentencias referenciadas por la misma Corte Constitucional, de la cual se obtuvo tres clases de fallos, en un primer lugar Sentencias de constitucionalidad (C-1043/06; C-075/07; C-521/07; C336/08 y C-1035/08), que definieron el alcance legal de los derechos pensionales extendidos a las parejas del mismo sexo en contextos del principio de igualdad.

De otro lado se encontraron las sentencias de tutela que nos muestran el escenario fáctico a través del estudio de casos particulares, en los que se acude a la Corte Constitucional ante la vulneración de sus derechos (T-349/06; T-056/07; T-1241/08; T-911/09; T-051/10; T-592/10; T-716/11; T-860/2011; T-357/13 y T-151/14).

El patrón fáctico objeto de la línea jurisprudencial ajustado a todas las sentencias analizadas, hace referencia a asuntos en los cuales se ha solicitado la defensa, por medio de acción de tutela, de derechos fundamentales como: la seguridad social en aquellos casos en los que el cónyugue o compañero permanente de una pareja conformada por personas del mismo sexo, busca acceder a en calidad de beneficiario a la pensión de sobrevivientes de su compañero permanente.

Con la sentencia C 075 del año 2007 la Corte Constitucional concedió el nacimiento a la vida jurídica de las parejas conformadas por personas del mismo sexo al regular la unión marital de hecho que establece la Ley 54 de 1990 y declarar la aplicabilidad de dicha Ley tanto a las parejas heterosexuales como homosexuales.

En la sentencia C 336 de 2008 como modificadora de línea, la Corte Constitucional no encuentra razones objetivas ni constitucionalmente válidas que puedan justificar el déficit de protección para las parejas conformadas por personas del mismo sexo,

por ende les otorgó el acceso a los derechos derivados de la pensión de sobrevivientes acreditando los requisitos previstos en la sentencia C-521 de 2007 con relación a parejas heterosexuales.

Y la sentencia T 051 de 2010 al tener efectos inter comunis, hace extensiva a todas las personas del mismo sexo que pretendan acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente en las mismas condiciones que las parejas heterosexuales. En las consideraciones de la presente sentencia se enfatizó igualmente la prohibición de fijar requisitos, exigir que se adelanten trámites o se aporten pruebas no previstas en la legislación vigente como sucedió en el tercer caso, cuando a pesar de que la entidad demandada en el escrito de respuesta a la tutela incluye una lista en la que se encuentran los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente.

La línea jurisprudencial como las sub reglas identificadas deben ser tenidas en cuenta por las parejas del mismo sexo que aspiren a que les sea reconocida una pensión de sobreviviente y por los fondos de pensiones y cesantías a la hora de estudiar solicitudes y pronunciarse sobre las mismas para el caso de solicitudes realizadas por parejas del mismo sexo.

1. En materia de pensión de sobrevivientes no se puede hacer exigible la obligación de 2 años de convivencia (Artículo 163 de la ley 100 de 1993), debe entenderse que la convivencia puede demostrarse con: declaración ante juez o notario, en la que conste la vocación de permanencia y convivencia de la pareja.

2. La pensión de sobrevivientes constituye una seguridad jurídica y financiera para aquellas personas que derivan su sustento del causante; desconocer este derecho a los compañeros o compañeras permanentes comprende una seria violación a sus derechos y un grave desconocimiento de la situación fáctica en la que se encuentran muchas familias conformadas de manera diferente al matrimonio convencional.

3. La regla general es que el efecto de las sentencias de constitucionalidad se proyecta únicamente hacia futuro, sin embargo existen varios casos en los que la Corte Constitucional ha reconocido la posibilidad de que los beneficios

derivados de una sentencia puedan beneficiar a personas cuya situación de hecho generadora de derechos se consolidó con anterioridad a la fecha del respectivo pronunciamiento.

4. Para aplicar un trato igualitario a las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales, y en aras de hacer efectiva la sentencia de la Corte Constitucional cuando decidió proteger el derecho a la seguridad social en pensiones de las parejas del mismo sexo, la Sala considera que la interpretación más favorable respecto de los medios probatorios es la de hacer valederos todos los medios de prueba con que cuentan las parejas heterosexuales cuando quieren acreditar su calidad de compañeros permanentes.

5. La Corte Constitucional dejó por sentado que queda prohibido solicitar o imponer a las parejas homosexuales una carga probatoria adicional o desmedida diferente a la que esté consagrada en las leyes y en la jurisprudencia para acceder al derecho de la pensión de sobrevivientes pues esta medida constituye una clara violación al principio de igualdad respecto a las parejas heterosexuales. Así mismo esta corporación dio ciertas claridades sobre la línea jurisprudencial que se venía manejando, particularmente la sentencia C-336 de 2008 al afirmar que esta tiene efectos enunciativos y de ninguna manera su fecha de promulgación compromete una restricción para casos futuros o anteriores a la misma.

CONCLUSIONES

Con base en lo expuesto, la ciudad de Pasto y en general Nariño, ha mantenido a lo largo de la historia una corriente conservadora bastante arraigada a la cultura e identidad, razón por la cual se justifica que las personas quienes acceden a esta orientación de vida, optan por salir a otras ciudades, como Bogotá, que según los entrevistados lleva el empoderamiento a nivel de Colombia en materia de defensa de derechos de la comunidad LGBTI, y en consecuencia en materia de Pensión de Sobrevivientes para parejas conformadas, no se han presentado en nuestra región.

Entre los derechos de las personas LGBTI consagrados en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia, y la plena efectividad de éstos en la vida diaria, existe una enorme distancia. Para acabar con esta brecha, o al menos empezar a disminuirla, son indis-

pensables políticas públicas nacionales y locales que ataquen el prejuicio que origina la discriminación y la violencia en razón de la orientación sexual y la identidad de género.

A nivel de los jueces laborales, pese a que avalen y afirmen estar de acuerdo con los derechos, aun se evidencia reticencia al permitir y apoyar una total equiparación de derechos, es decir, aún hay una reserva de carácter ideológico, situación que pese a que no afecta su comportamiento a nivel de administrar justicia, puede verse reflejando en la predisposición para atender estos casos, situación que bien lo manifestaron los entrevistados; las parejas conformadas por personas del mismo sexo, buscan imparcialidad en la recepción de sus litigios y de casos a nivel general, situación que ellos consideran que aún hace falta por parte de las autoridades. Las instituciones entrevistadas afirmaron que no hay la suficiente capacitación en las autoridades y organismos estatales para abordar temas frente a comunidad LGBTI, por ende deberá realizarse una adecuada preparación de funcionarios a fin de que las personas integrantes a este grupo tengan los mismos derechos que las personas heterosexuales y reciba la pertinente atención en condiciones de igualdad.

De igual manera que en Colombia, una vez se marca el hito en materia ya sea normativa o jurisprudencial, de extender los beneficios pensionales y de la Seguridad Social en general a las parejas del mismo sexo, esto, no siempre se aplica de manera pacífica y sin obstáculos, como se expresa en el libro ¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia, "en la aplicación de esos derechos, se encuentra con la continua resistencia de abogados, funcionarios y ciudadanos que se oponen a ellos, por razones que van desde la ineficiencia hasta la indiferencia, que pasan por las objeciones morales y los intereses personales. En el laberinto de las instituciones y las oficinas, de los incisos y los procedimientos, los derechos pueden perderse para siempre; por eso, con frecuencia, lograr el reconocimiento del derecho es apenas un primer paso en una larga marcha".

Finalmente, el resultado más relevante de la presente investigación, es la determinación de que el precedente jurisprudencial será aplicado en su totalidad si se reúnen los requisitos preestablecidos, situación que genera el inicio de la construcción de una transformación social que parte de un reconocimiento jurídico hacia una aceptación social que permite entender la igualdad como un derecho inherente a la condición humana.

REFERENCIAS

Administración Nacional de la Seguridad Social (2008). Resolución 671/2008.Recuperado de: http://www.cha.org.ar/centro-de-documentacion-digital/resolucion-6712008-de-la-anses-sobre-pension-para-viudosas-de-parejas-del-mismo-sexo/

Auto 163 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Colombia (1993). Ley 100 de 1993

Colombia Diversa (2007). Informe Derechos Humanos 2006-2007. Recuperado de: http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/que/POLITICAS_PUBLICAS/NACIONAL/INFORME_DH_CAPITULO_PAREJAS.pdf

Colombia Diversa (2007). Informe Derechos Humanos 2006-2007. Recuperado de: http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/que/POLITICAS_PUBLICAS/NACIONAL/INFORME_DH_CAPITULO_PAREJAS.pdf

Colombia Diversa (2006-2007). Derechos Humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2006-2007. Recuperado de: http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/PUBLICACIONES_FINAL/DOCUMENTOS/INFORMES_DH/documentos/InformederechoshumanopoblacionLGBT2006_2007.pdf

Colombia Diversa (2008). Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad. Sentencia C-075/07. Recuperado de: http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/PUBLICACIONES_FINAL/DOCUMENTOS/Asuntos_legales/documentos/derechospatrimoniales.pdf

Colombia Diversa (2010). Situación de derechos humanos de la población LGBT: Informe Alterno presentado al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Recuperado de: http://www.globalrights.org/sites/default/files/docs/LGBTI_PIDCP_Shadow_Report_Colombia_-_Spanish.pdf

Colombia Diversa (s.f). Situación de Derechos Humanos de la Población LGBT en Colombia. Recuperado de: http://www.ddhhcolombia.org.co/sites/default/files/files/pdf/LGBTI%20Colombia%20Diversa.pdf

El Universal (2014). SCJN otorga mismos derechos a viudos de parejas gays. Recuperado de: http://www.eluniversal.com.mx/nacion-mexico/2014/scjn-otorga-mismos-derechos-a-viudos-de-parejas-gay-983582.html

Encuesta aplicada en la investigación: https://docs.google.com/forms/d/1Ciz7w5nD-8P_OQzQVxQJ15UMVNM8wKV9iCqQP506s7Q/viewform

Forero, Carolina y Cárdenas, Diana (2009). Perspectiva de los Derechos de las Parejas del Mismo Sexo en Colombia en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Recuperado de: http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54_5242_estudios-v2-n2-parejas-del-misno-sexo-.pdf

Guzmán, Federico. (2000). Universidad Libre. Las personas homosexuales. Recuperado de: http://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/pdhulbq/html/LIBROHOMOSEXUAL.htm

Mauro, Clarice. (2013). La prueba de la unión estable ante el INSS. Recuperado de: http://draclaricemauro.jusbrasil.com.br/artigos/111680546/a-prova-da-uniao-estavel-perante-o-inss

Pérez, María. (2000). Derechos de los Homosexuales. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: http://www.galanet.eu/dossier/fichiers/Derechos%20de%20los%20homosexuales-%20Mexico.pdf

Rights Watch. (2008). Colombia: Corte extiende beneficios a parejas del mismo sexo. Recuperado de: http://www.hrw.org/es/news/2008/04/17/colombia-corte-extiende-beneficios-parejas-del-mismo-sexo

Rodríguez Garavito, Cesar et al. (2011)¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia. Bogotá D.C: Colombia. Ediciones Uniandes.

Sentencia C-075 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil

Sentencia C-1035 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño

Sentencia C-336 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Sentencia C-521 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Sentencia T- 051 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo

Sentencia T- 1241 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Sentencia T- 1241 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Sentencia T-1043 de 2006 M.P. Alejandro Martínez Caballero

Sentencia T-151 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo

Sentencia T-349 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil

Sentencia T-357 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt

Sentencia T-592 de 2010 M.P. Mauricio Gonzales Cuervo

Sentencia T-716 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Sentencia T-860 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

Sentencia T-911 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

Superior Tribunal de Justiça (2005). Recurso especial N° 395.904 - RS (2001/0189742-2). Recuperado de: http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7177971/recurso-especial-resp-395904-rs-2001-0189742-2/inteiro-teor-12918583

Superior Tribunal de Justiça (2005). Recurso especial N° 395.904 - RS (2001/0189742-2). Recuperado de: http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7177971/recurso-especial-resp-395904-rs-2001-0189742-2/inteiro-teor-129185

PARTE III

NUEVAS INTERPRETACIONES DE LO COLECTIVO

PROTECCIÓN, RECUPERACIÓN Y CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL: UNA OPORTUNIDAD DE PROGRESO

Beatriz Jackeline Pulistar Suárez[1]
Holman Morales Upegui[2]
Anny Viviana Caicedo Cárdenas[3]
Juan Ignacio Guerrero Benavides[4]

RESUMEN

El propósito de la investigación es dar conocer la situación actual del patrimonio urbanístico y arquitectónico del Municipio de Pasto y de los centros poblados aledaños con templos doctrineros arquitectónicos, como lo son: Anganoy, Aranda, Catambuco, Canchala, Cujacal, Chapal, Jamondino, Jonvovito, Juanoy, Moncondino, Obonuco, Pejendino Reyes, Puerres, Tescual y el corregimiento del Encano con la Laguna de La Cocha[5].

La delimitación se realizó en consideración a que el Municipio de Pasto, capital del Departamento de Nariño, se caracteriza por ser una región estratégicamente localizada, en el sur-occidental de Colombia, frontera con el Ecuador y punto de encuentro entre el pacífico y la Amazonía; así como por su variedad cultural, biodiversidad, gastronomía, capacidad hotelera y el don de gentes de sus habitantes.

1 Licenciada en Comercio y Contaduría, Universidad Mariana, Especialista en Administración y Gerencia, Universidad Cooperativa de Colombia, culminando estudios de Maestría en Gestión de la Tecnología Educativa, Universidad de Santander, docente universitaria e investigadora de la Institución Universitaria CESMAG y Fundación Universitaria San Martín. E-mail. bjpulistar@iucesmag.edu.co
2 Arquitecto de la Universidad Nacional de Colombia, culminado estudios de Maestría en Historia de la Universidad Nacional. Docente universitario e investigador de la Institución Universitaria CESMAG y Universidad de Nariy arquitecto y constructor en ejercicio. E-mail. hfmorales@iucesmag.edu.co
3 Abogada, Universidad Santiago de Cali. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia y culminando estudios de Maestría en Derecho con Énfasis en Derecho Procesal, Universidad Externado de Colombia, docente universitaria e investigadora, Programa de Derecho, Institución Universitaria CESMAG. E-mail. avcaicedo@iucesmag.edu.co
4 Contador Público, Universidad Mariana. Magister en Educación desde la Diversidad, Universidad de Manizales. Docente Universitario. Investigador, Institución Universitaria CESMAG consultor. E-mail. jiguerrero@iucesmag.edu.co
5 El capítulo es un avance de investigación del proyecto denominado: "Plan de protección, recuperación y conservación del patrimonio cultural, urbanístico y arquitectónico del Municipio de Pasto para integrarlo a la cadena del turismo" realizada en la Institución Universitaria CESMAG, con el Grupo de Investigación: Derecho, Innovación y Desarrollo Social, Programa de Derecho, grupo clasificado en COLCIENCIAS en categoría D.

Actualmente la sociedad ha evolucionado con respecto a procesos de conservación; el Gobierno ha formulado políticas tendientes a la salvaguardia del patrimonio, creando conciencia social y favoreciendo el cuidado de los bienes de interés patrimonial con fundamento en las garantías de la Constitución.

Es por ello, que la investigación, pretende diseñar un plan de protección, recuperación y conservación de los lugares objeto de estudio, integrándolos a la cadena del turismo promoviendo la competitividad, innovación y emprendimiento regional, en la búsqueda de nuevos mercados globales.

PALABRAS CLAVE: Patrimonio cultural, turismo, planeación estratégica.

ABSTRACT

The purpose of the research is to recognize the current situation of urban and architectural heritage of the Municipality of Pasto and the localities nearby with religious temples, as they are Anganoy, Aranda, Catambuco, Canchala, Cujacal, Chapal, Jamondino, Jonvovito, Juanoy, Moncondino, Obonuco, Pejendino Reyes, Puerres, Tescual, and the locality of El Encano with "la Cocha" lake.

The delimitation was made considering that the Municipality of Pasto, capital of Nariño, is characterized by its strategic geographic position, a south-western region located in the Colombian border with Ecuador and a meeting point between Pacific and Amazon regions; also by its cultural diversity, biodiversity, gastronomy, hostage capacity and hospitality of the locals.

Currently, society has evolved with respect to cultural heritage conservation processes; the Government has formulated policies for heritage conservation, creating awareness and promoting social care of property with heritage interest on the basis of the grants of the Constitution.

It is for this reason that the research aims to design a plan of protection, restoration and conservation of the infrastructure under study, integrating them to the chain of tourism, promoting competitiveness, innovation and regional entrepreneurship, seeking for new global markets.

KEYWORDS: Cultural heritage, religious tourism, strategic planning, public policies.

INTRODUCCIÓN

El Municipio de Pasto cuenta con un importante patrimonio cultural, urbanístico y arquitectónico que se encuentra en proceso de deterioro por la presión que ejerce el sector económico en su afán de convertir el centro histórico en suelo rentable; por ello, los empresarios pretenden generar un proceso de "re-desarrollo" urbano en el que se reemplacen los inmuebles de valor patrimonial por nuevas y modernas edificaciones que suponen una mayor rentabilidad.

Por otra parte, la influencia externa y la constante colonización comercial ejercida por extranjeros y foráneos, el contrabando, la presencia de población desplazada han puesto en peligro la identidad cultural, que tiene como consecuencia el olvido de las raíces, el desinterés por la historia y un descuido desmedido por el patrimonio material e inmaterial del municipio de Pasto.

En consecuencia, es necesario promover el desarrollo turístico de Pasto teniendo en cuenta la ubicación geopolítica y estratégica, la economía basada en el comercio y la prestación de servicios, el atractivo cultural y el desarrollo de actividades agrícolas, ganaderas y mineras en pequeña escala, potencialidades que no están siendo aprovechadas por la administración local ni por la ciudadanía.

Se propone como problema de investigación: ¿Cómo proteger, recuperar y conservar el patrimonio cultural, urbanístico y arquitectónico del centro histórico de Pasto y de los templos doctrineros objeto de estudio para integrarlos a la cadena del turismo?

1. AVANCES, RESULTADOS Y DISCUSIÓN

1.1. Referente documental, histórico e investigativo

En principio, el turismo se entiende como una forma de comercialización de la hospitalidad; con los avances del capitalismo se traduce como un privilegio para aquellos que contaran con un alto nivel de ingresos; a partir de la globalización de la economía, el turismo se ha hecho accesible a todos los grupos sociales, comprendiendo no sólo el viaje, el alojamiento y la alimentación, sino también una esfera más amplia relacionada con la diversión y el consumo ligados al ocio creativo y las vacaciones.

El Ministerio de Cultura afirma que: "En el contexto global, el turismo se ha manifestado como la industria de más rápido crecimiento en el mundo" (Ministerio de Cultura y Ministerio de Industria y Comercio, 2007).

En el mundo, se encuentran modelos de protección de los bienes de interés cultural que han sido incluidos en la cadena del turismo; por ejemplo, están el Centro Histórico de Lima y el conjunto de plazas, palacios y parques, declarado Patrimonio Cultural de la Humanidad por la Unesco en 1991. Del mismo modo, se encuentra Cantabria comunidad autónoma española de carácter uniprovincial, reconocida como comunidad histórica por su Estatuto de Autonomía. Asimismo, está la Basílica de Santa María de Guadalupe en México, que "es un Santuario cristiano dedicado a la virgen María" (Turismo, 2014).

En el contexto nacional, la actividad económica del turismo en Colombia, produce unos recursos muy importantes para los gobiernos y la empresa privada, como ejemplos se encuentra la Basílica del Señor de los Milagros de Buga. (Proexport Colombia, 2014); con la misma connotación nacional está el Centro Histórico de Popayán, Villa de Leiva, Cartagena, Mompox, Santa Fe de Antioquía, entre otros.

En la ciudad de Bogotá, a través del Instituto Distrital de Patrimonio Cultural creado desde 1980, se ha desarrollado estudios destinados a conocer aspectos específicos de Bienes de Interés Cultural de la ciudad, realizando obras de intervención en el espacio público del Centro Histórico de Bogotá, (1991 y 1994).

En el orden departamental, está "el Santuario de Nuestra Señora de las Lajas, templo para el culto católico y veneración de la virgen. Está situado en la Ciudad de Ipiales, al sur de Colombia. Es destino de peregrinación y turismo desde el siglo XVIII" (Vive Nariño. Nariño Vive Digital. 2015).

En el Municipio de Pasto, se encuentra el Corregimiento de Cabrera, excelente ejemplo de recuperación del patrimonio de interés cultural y de generación de una mayor rentabilidad del suelo urbano, permitiendo garantizar su conservación y mejorar los ingresos para sus habitantes.

El Gobierno actual del presidente Juan Manuel Santos, en su plan de desarrollo "Prosperidad para todos", pretende posicionar a Colombia a través del turismo dentro de los mejores países para visitar; su administración ha fortalecido los recursos, la

capacitación y los incentivos para los proyectos encaminados a la cadena del turismo, articulando a la empresa privada y la academia en un trabajo sinérgico.

1.2 Desarrollo legislativo del patrimonio y turismo

1.2.1 Patrimonio cultural

En Colombia, con la Ley 163 de 1959 por primera vez se promueve la conservación y defensa del patrimonio histórico, artístico y monumentos públicos de la nación, determinado en el Art. 1 que reza:

> Declárense patrimonio histórico y artístico nacional los monumentos, las tumbas prehispánicas y demás objetos, ya sean obra de la naturaleza o de la actividad humana, que tengan interés especial para el estudio de las civilizaciones y culturas pasadas, de la historia o del arte, o para las investigaciones paleontológicas y que se hayan conservado sobre la superficie o el subsuelo nacional (Ley 163, 1959).

Ésta norma fue modificada y adicionada por la Ley 1185 de 2008 conocida como Ley General de Cultura.

Sin embargo, hoy en día, se observa como los corregimientos de San Juan de Pasto dado el crecimiento poblacional, el afán de progresar y de obtener recursos gubernamentales, dejaron de ser cabildos para convertirse en corregimientos perdiendo su origen, su identidad étnica y las manifestaciones culturales que los caracterizaba, luego del tiempo sus habitantes reflexionan y se dan cuenta de todas las raíces que han perdido y quisieran remontarse al pasado para recuperarlas.

Asimismo, con la entrada en vigencia del Decreto 763 de 2009 se reglamentan parcialmente las leyes 814 de 2003 y 397 de 1997 modificada por medio de la Ley 1185 de 2008, en lo correspondiente al Patrimonio Cultural de la Nación de naturaleza material, estipulando que el Sistema Nacional de Patrimonio Cultural de la Nación "tiene por objeto contribuir a la valoración, preservación, salvaguardia, protección, recuperación, conservación, sostenibilidad, divulgación y apropiación social del patrimonio cultural, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política en la legislación, en particular en la Ley 397 de 1997, modificada por la Ley 1185 de 2008 y bajo los principios de descentralización, diversidad, participación, coordinación y autonomía" (Decreto 763, 2009).

A pesar de la legislación existente a nivel nacional, y en contravía de la visión de proteger el patrimonio cultural, en la ciudad de Pasto, la Alcaldía de Eduardo Alvarado Santander, adopta el Plan de Movilidad en el Municipio de Pasto, con el Decreto No. 734 de 2009, en el cual se proponen realizar Proyectos de Infraestructura Vial y Vial peatonal, considerando que el corredor de la carrera 27 es un proyecto clave para la implementación del Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasajeros de Pasto, sin embargo ello implicó la propuesta agresiva de compra y demolición de 245 predios, es decir parte del centro histórico de la ciudad se fue al piso trayendo grandes consecuencias afectando el valor patrimonial de estos inmuebles y la imposibilidad de vivir en una ciudad con vocación cultural.

De ahí la importancia que tiene la investigación de ahondar en el tema de patrimonio unido al turismo como la posibilidad que tienen las regiones de rescatar sus orígenes, progresar, cultivar sus ancestros, costumbres, con necesidades y conflictos, alegrías y sentires, técnicas de trabajo, economías de fiesta y el juego en carnaval, la comunicación, mitos y leyendas, sus relaciones de parentesco, a fin de proyectar al mundo sus vivencias, arraigos indígenas y manifestaciones culturales, toda vez que la ciudad de Pasto sigue siendo un lugar de encuentro vital y simbólico para sus pobladores.

1.2.2. Turismo

Inicialmente se expidió la Ley 300 de 1996 que constituye la Ley General del Turismo, actualizada hasta la Ley 1101 de 2006. Luego entra en vigencia la Ley 1558 de 2012 que también modifica la Ley 300 de 1996-ley general de turismo, la Ley 1101 de 2006 y se dictan otras disposiciones; la norma sub examine contempla la importancia de la industria turística en el sentido de que:

> (…) el turismo es una industria esencial para el desarrollo del país y en especial de las diferentes entidades territoriales y cumple una función social. Como industria que es, las tasas aplicables a los prestadores de servicios turísticos en materia impositiva, serán las que correspondan a la actividad industrial o comercial si le es más favorable. El Estado le dará especial protección en razón de su importancia para el desarrollo nacional (Ley 1558, 2012).

Adicionalmente, se expide el Decreto 2395 de 1999 que reglamenta la Ley 300 de 1996 en lo relacionado con la inscripción en el Registro Nacional de Turismo de los

establecimientos gastronómicos, bares y negocios similares de interés turístico; la Resolución 221 de 1999 Código de Ética del Guía de Turismo.

El municipio de Pasto en la actualidad tiene una zona urbana conformada por 12 comunas y una zona rural con 17 corregimientos, se caracteriza por su importante ubicación geopolítica y estratégica al estar localizado en el Valle de Atríz, cuenta con innumerables espacios de esparcimiento, de recreación lúdica; la economía en el área urbana se basa en el comercio y la prestación de servicios, se destacan las empresas de productos alimenticios, bebidas, fabricación de muebles; es la cuna de las artes plásticas, música tradicional de tríos, grupos andinos latinoamericanos, artesanos, marroquinería y en los últimos años se ha presentado un incremento gradual de prestación de servicios de salud. Por su parte, en la zona rural se desarrollan actividades agrícolas, ganaderas y mineras en pequeña escala, lo cual la hace posible ser un atractivo para propios y foráneos.

1.3. Referente Teórico

1.3.1. Patrimonio Cultural

El patrimonio cultural de un pueblo es un conjunto de valores que en herencia colectiva nos han legado nuestros antepasados. Estos valores humanos, comprenden una gran gama de clases y categorías, que van desde las artes, tradiciones populares hasta el lenguaje.

En el patrimonio cultural se encuentran dos grandes categorías: patrimonio tangible se consideran los bienes que poseen cuerpo físico, que se pueden tocar, medir, pesar, modificar, es decir lo material. En esta categoría está en general los bienes de tipo arquitectónico y urbanístico, también el paisaje natural y algunas obras de arte que se ubican en entornos urbanos (esculturas en parques o plazas).

En la segunda categoría (intangible), Son aquellos que no tienen sustentación material sino que corresponden a las manifestaciones que solo la tradición mantiene vivas, como la gastronomía, el folclore, las costumbres, los rituales, las danzas, las fiestas tradicionales de los pueblos, la propiedad intelectual, etc.

1.3.2. Turismo Religioso

Desde la antigüedad se han presentado las movilizaciones sociales masivas hacia lugares con connotaciones religiosas para tener un acercamiento hacia la espiritualidad. Para Tobon (2013), el turismo religioso es un fenómeno social y económico que ha dinamizado las economías receptoras y ha permitido conservar el patrimonio cultural material e inmaterial que representan los lugares de peregrinación.

En el contexto nacional, Pasto es denominada como la ciudad teológica de Colombia por sus innumerables templos de grandiosa arquitectura que demuestra el espíritu religioso de sus gentes, pero que al mismo tiempo, representa un potencial para el turismo religioso. La iglesia de San Juan, patrimonio arquitectónico del siglo XVI, la Catedral levantada desde el siglo XIX, la Iglesia de Santiago y el Seminario Seráfico, Cristo Rey, San Felipe, La Merced son muestras de la acentuada religiosidad y el predominio de la iglesia católica.

1.3.3. Turismo

Actualmente, las regiones han visto un gran potencial de desarrollo en la actividad turística, en razón a que permite beneficiar a los actores que intervienen en el proceso, tanto al sector hotelero, gastronómico, de transporte, artesanos, a la población objeto de estudio, entre otros; quienes con un servicio óptimo satisfacen al turista nacional e internacional que visita una ciudad, es por ello que en las ciudades se puedan desarrollar diferentes tipos de turismo.

El estudio realizado por la Red de Turismo Sostenible de Colombia en el año 2013 arrojó que el turismo sostenible "busca el equilibrio en tres aspectos fundamentales: lo ambiental, lo social y lo económico" (Pinzón, 2013, p.4).

En esta medida, la investigación permitirá favorecer directamente a los propietarios y vecinos de inmuebles con interés urbanístico y arquitectónico, quienes verán incrementado sus ingresos al integrarlos a la cadena del turismo, de manera indirecta se beneficiará a toda la población en general, especialmente a quienes componen los sectores que brindarán los servicios de transporte, hotelería, gastronomía, ocio y artesanías a los turistas quienes gozarán de las bondades arquitectónicas, urbanísticas y culturales que ofrece el municipio de Pasto.

1.3.4. Turismo Urbano

El turismo urbano es el que se realiza dentro de una ciudad y comprende todas aquellas actividades que realizan los turistas y visitantes durante su estancia en la ciudad. Para la ciudad de Pasto y sus corregimientos, la conservación y recuperación del patrimonio no sólo servirá para atraer al turista, sino también para generar un mejoramiento del entorno físico espacial y de formación cultural, creación de un sistema de rutas de arquitectura doméstica, que se deben recuperar y conservar; y permita potencializar el turismo.

1.3.5. Turismo Cultural

El turismo cultural se define como "aquel viaje turístico motivado por conocer, comprender y disfrutar el conjunto de rasgos y elementos distintivos, espirituales, materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o grupo social de un destino específico" (Secretaría de Turismo - SECTUR, 2001, p.1). El municipio de Pasto tiene una serie de rasgos, expresiones y manifestaciones culturales de diversa categoría (arte, música, folclor, danza, gastronomía, patrimonio religiosos) que potencialmente pueden atraer a los turistas motivados por conocer, comprender y disfrutar esos contextos culturales que describen características propias de grupos étnicos que se asentaron en esos territorios. En cierto modo, se busca "lo pintoresco, lo folklórico, el color local.… las glorias del pasado" (Smith, 1992, p.2).

1.3.6. Cadena de Valor

Para el desarrollo de la investigación se hace necesario tomar como referencia la cadena de valor de Michael Porter quien considera que: "es la principal herramienta de gestión que permite realizar un análisis interno de una empresa, a través de su desagregación en sus principales actividades generadoras de valor." (Porter, 2005, p.4).

El concepto de cadena de valor del Turismo abarca todos los bienes y servicios que entran en el suministro de productos turísticos a los viajeros, así como los servicios que les ayudan a planear y ejecutar sus viajes, como se ha indicado en el Figura 1.

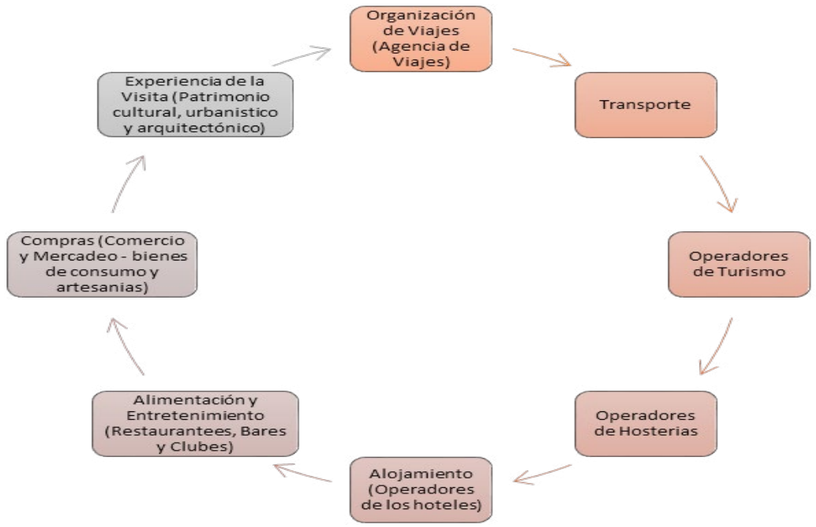


Figura 1. Cadena de Turismo

El Municipio de Pasto y los centros poblados ubicados en los alrededores de la ciudad, presentan unas características similares: su riqueza paisajística, la apropiación social del patrimonio histórico, los templos de la época colonial y republicana, diversidad de grupos étnicos (Pastos, Quillacingas), celebración de fiestas patronales y una relación afectiva con la "Pacha Mama" o Madre Tierra, como dispensadora de vida a través del agua, comida, plantas curativas, flores.

Las fiestas patronales de estos lugares, se realizan en diversas épocas del año, las cuales están llenas de alegría, juegos pirotécnicos, de cultura, de deporte y música, ofreciendo a nivel gastronómico platos típicos, que son degustados por los pobladores y turistas y que finalmente es el sitio de encuentro para ofrecer las artesanías, el comercio integrando la cultura y el turismo.

A pesar de que los corregimientos en su mayoría presentan una debilidad en infraestructura vial, existen diversas rutas y medios de transporte: buses, taxis y vehículos particulares que permiten su llegada al lugar; no cuenta con el servicio hotelero debido a que algunos poblados se encuentran cerca de la ciudad, su economía gira en torno agricultura y ganadería, sus tierras son fértiles presentan variedad de cultivos entre ellos están: papa, maíz, frijol, cebolla, arveja, plantas medicinales, frutas, productos que son de consumo diario y vendidos en la ciudad. Finalmente, cabe resaltar el don de gentes que caracteriza a las regiones y su afán por construir un lugar de encuentro turístico para pobladores y foráneos.

1.3.7. Planeación Estratégica

Toda organización pública o privada requiere de la gestión administrativa, en esta medida la planeación "consiste en fijar el curso concreto de acción que ha de seguirse" (Ponce, 2004, p. 243) y "La planeación estratégica, más que un mecanismo para elaborar planes, es un proceso que debe conducir a la creación de un sistema gerencial inspirado en una cultura estratégica." (Gomez, 2003, p.251).

Al realizar "el estudio del entorno general que implica observar la situación pasada y presente y proyectar las variables relevantes" (Mendoza, 1985, p.26.) del centro histórico y los centros poblados permitió conocer la evolución de la situación actual de patrimonio urbanístico y arquitectónico, así como el desenvolvimiento de la actividad económica, se identificaron algunos negocios involucrados en la cadena de turismo, especialmente, restaurantes, comercio, artesanía, transporte, hospedaje, centros recreacionales, agencias de turismo, organizaciones con variables internas y externas importantes que permitirán el diseño de estrategias como "curso de acción para solucionar situaciones" (Torres, 2007, p. 21).

Los centros poblados, ubicados en los alrededores de la ciudad, presentan unas características similares: su riqueza paisajística, la apropiación social del patrimonio histórico y como ya se dijo anteriormente los templos de la época colonial y republicana, diversidad de grupos étnicos (Pastos, Quillacingas), celebración de fiestas patronales y una relación afectiva con la "Pacha Mama" o Madre Tierra, como dispensadora de vida a través del agua, comida, plantas curativas, flores. Igualmente, realizan las fiestas patronales en diversas épocas del año, las cuales están llenas de alegría, juegos pirotécnicos, de cultura, de deporte y música, ofreciendo a nivel gastronómico platos típicos como: Cuy, sancocho de gallina, dulces con frutas producidas en la región, empanadas, frito pastuso, chicha, mazamorra, que son degustados por los pobladores y turistas.

A pesar de que en los corregimientos en su mayoría presentan una debilidad en infraestructura vial, existen diversas rutas y medios de transporte: buses, taxis y vehículos particulares que permiten su llegada al lugar; no cuenta con el servicio hotelero

debido a que algunos poblados se encuentra cerca de la ciudad, su economía gira en torno agricultura y ganadería, sus tierras son fértiles presentan variedad de cultivos entre ellos están: papa, maíz, frijol, cebolla, arveja, plantas medicinales, frutas, productos que son de consumo diario y vendidos en la ciudad.

CONCLUSIONES

El municipio de Pasto es denominado como la ciudad teológica de Colombia por sus innumerables templos de grandiosa arquitectura que demuestra el espíritu religioso de sus gentes, pero que al mismo tiempo, representa un potencial para el turismo.

El centro histórico del municipio de Pasto, delimitado por el POT y los centros poblados donde existen templos doctrineros de alto valor patrimonial urbanístico y arquitectónico como lo son: Anganoy, Aranda, Catambuco, Canchala, Cujacal, Chapal, Jamondino, Jongovito, Juanoy, Moncondino, Obonuco, Pejendino Reyes, Puerres, Tescual y el corregimiento del Encano, presentan un suelo urbano totalmente descuidado y en algunos casos ha llevado a su demolición, por lo que el ingreso a la cadena del turismo permite darle un mayor fortalecimiento y rentabilidad que conlleve a su protección, recuperación y conservación.

Pasto es un municipio que presenta una multiculturalidad manifestada a través de la música, la danza, la gastronomía, el patrimonio arquitectónico; este pluralismo cultural contiene en sí mismo la capacidad de atraer turistas motivados no solo por las expresiones materiales de la cultura sino también por el intercambio de saberes y el enriquecimiento de su propia cultura con la de otros pueblos.

REFERENCIAS

Congreso de la República. Ley 1558. (10 de juio de 2012). Por la cual se modifica la Ley 300 de 1996 - Ley General de Turismo, la Ley 1101 de 2006 y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C.

Congreso de la República. Ley 163. (30 de diciembre de 1959). Por la cual se dictan medidas sobre defensa y conservación del patrimonio histórico, artístico y monumentos públicos de la nación. Bogotá, D.C.

Gomez, H. S. (2003). Gerencia Estratégica. Bogotá D. C.: 3R Editores.

Mendoza, J. M. (1985). Las Funciones Administrativas. Ediciones Uninorte. Barranquilla. Colombia.

Ministerio de Cultura y Ministerio de Industria y Comercio . (2007). Política de turismo cultural: Identidad y desarrollo competitivo del patrimonio. Bogotá D. C.

Pinzón, K. (2013). Red de Turismo Sostenible de Colombia: 11 años promoviendo espacios de reflexión y motivando la sostenibilidad turística (Vol. Bogotá D. C.). Anuario Turismo y Sociedad.

Ponce, A. R. (2004). Administración Moderna. México: Editorial Limusa.

Porter, M. (2005). Sistemas de Informacion de Gerencia. Cadena de Valor. Buenos Aires, Argentina: Vergara Editor S.A.

Presidencia de la República. Decreto 763. (10 de marzo de 2009). Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 814 de 2003 y 397 de 1997 modificada por medio de la Ley 1185 de 2008, en lo correspondiente al Patrimonio Cultural de la Nación de naturaleza material. Bogota D. C.

Proexport Colombia. (2014). Turismo religioso en Buga. Recuperado de: http://www.colombia.travel/es/turista-internacional/actividad/historia-y-tradicion/turismo-religioso/ruta-del-sur-occidente/buga<.

Secretaría de Turismo - SECTUR. (2001). Estudio de turismo cultural para México. Recuperado de: http://www.sectur.gob.mx/hashtag/2015/05/14/turismo-cultural/

Smith, V. (1992). Anfitriones e invitados. Madrid: Endymion. Recuperado de: https://books.google.com.co/books?id=Nn5IiKFtgXUC&pg=PA460&dq=Smith,+V.+(1992).+Anfitriones+e+invitados.+Madrid:+Endymion&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwinxL3VusjKAhU28M2B4KHWXmB14Q6AEIJDAA#v=onepage&q=Smith%2C%20V.%20(1992).%20Anfitriones%20e%20invitados.%20Madrid%3A%20Endymion&f=false

Tobon, S. (2013). Turismo religioso: fenómeno social y económico (Vol. XIV). Boyacá: Anuario Turismo y Sociedad.

Torres, C. B. (2007). Introducción a la administración de las organizaciones. México: Pearson Educación.

Turismo. (2014). Basílica de Santa María de Guadalupe. Recuperado de turismo.org: http://turismo.org/basilica-de-santa-maria-de-guadalupe/<

Vive Nariño. Nariño Vive Digital. (s.f.). Santuario de Nuestra Señora de las Lajas. Buga. Recuperado de Vivenarino.com : http://www.vivenarino.com/es/destino_lajas<.

LOS ACUEDUCTOS COMUNITARIOS EN COLOMBIA[1]

Franco Ceballos Rosero[2]
Nathalie Chingaté H. / Rolando Olaya[3]
Julián Esteban Arturo[4]

RESUMEN

En los sectores rurales, periurbanos y marginales de Colombia históricamente muchas comunidades se organizaron y apropiaron del manejo y distribución del agua ante la ausencia del Estado, asunto que fue reconocido constitucionalmente en 1991 a través del artículo 365. Actualmente estos actores sociales enfrentan problemáticas relacionadas con la falta de apoyo político, jurídico, técnico y financiero suficiente para mejorar las condiciones del servicio que prestan, y que fortalezcan sus formas particulares de hacer comunidad desde el manejo común del agua. Desde una metodología transdisciplinaria, este texto da cuenta de las comunidades organizadas prestadoras del servicio público domiciliario de acueducto (acueductos comunitarios), apoyado en el acompañamiento investigativo que se realizó con la experiencia exitosa de la comunidad de ACUALOMA (Sandoná, Nariño) durante el año 2014.

PALABRAS CLAVE: Comunidades Organizadas, Constitución Política, Agua, Servicios Públicos Domiciliarios, Acualoma (Sandoná, Colombia).

1 Texto presentado al V Encuentro regional de la Red de Grupos y centros de Investigación Jurídica y Socio Jurídica, Nodo Sur, derivado del proyecto de investigación ***"Modelo de gestión integral del manejo del agua para el Programa Suyusama"*** (2013-2014). Proyecto financiado por la Pontificia Universidad Javeriana y coordinado por el Instituto Pensar (Bogotá): grupo de Investigación *Filosofía Moral y Política*, con la participación del grupo de investigación *La Minga* de la Universidad Cooperativa de Colombia (Pasto), el Programa Suyusama de la Compañía de Jesús y el Acueducto Regional La Loma (Sandoná).

2 Abogado y Magister en Etnoliteratura Universidad de Nariño. Docente investigador de la Universidad Cooperativa de Colombia (Pasto), miembro del grupo de investigación *La Minga* de la misma Universidad. E-mail: franco.ceballosr@campusucc.edu.co
3 Magister en Estudios Políticos. Investigadora del Instituto Pensar Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá E-mail: nathalie.chingate@gmail.com / Wilmar Rolando Olaya, Ingeniero Agrónomo Universidad Nacional. Investigador adjunto Instituto Pensar Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá E-mail: wilmar.olaya@gmail.com
4 Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Pasto. Calle 18 No. 47 – 150 Torobajo Pasto, Nariño, Colombia. E-mail: julian_eao@hotmail.com

ABSTRACT

In rural, peri-urban and marginal sectors of Colombia, historically many communities were organized and appropriated the management and distribution of water in the absence of the state, an issue that was recognized constitutionally in 1991 through Article 365. Currently these actors face problems related to the lack of political, legal, technical and financial conditions sufficient to improve the service they provide, and to strengthen their particular community to make from common water management forms support. From an interdisciplinary approach, this text realizes organized communities providers of public utility water supply (community water systems), supported by the accompanying research was conducted with the successful experience of community ACUALOMA (Sandoná, Nariño) during the year 2014.

KEYWORDS: Organized Communities, Political Constitution, Water, Public Services, Acualoma (Sandoná, Colombia).

INTRODUCCIÓN

Durante el año 2014, y gracias a la participación de los usuarios del Acueducto Regional La Loma del municipio de Sandoná (Nariño), el proyecto "Modelo de gestión integral del agua para el Programa Suyusama (Compañía de Jesús)", indagó –por medio del diálogo, principalmente– entre los delegados comunitarios a las asambleas y mingas de pensamiento en las que se participó, los elementos más relevantes para una adecuada gestión comunitaria del agua a la vez que se delimitó su situación jurídica. Guiados por el objetivo de generar un modelo de gestión integral para el manejo del agua, que se promueva entre las comunidades organizadas prestadoras del servicio público domiciliario de acueducto (acueductos comunitarios) con las cuales interactúa la Compañía de Jesús, se encontró que lo comunitario es el elemento esencial para una gestión integral del agua, y partir del cual se desencadenan otras dimensiones identificadas como prioritarias: organizacional, técnica, ambiental, económica y política.

Desde un trabajo de campo guiado por los principios del reconocimiento, la solidaridad y el aprendizaje, el presente texto hace una aproximación a la situación jurídica de las Comunidades Organizadas Prestadoras del Servicio Público Domiciliario de Acueducto (acueductos Comunitarios), de las que hace parte el Acueducto Regional La Loma, abordando la experiencia desde el ensayo, oscilando entre las fronteras académicas de una antropología jurídica y una etnoliteratura de la política y el derecho.

1. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS ACUEDUCTOS COMUNITARIOS EN COLOMBIA

A lo largo y ancho de Colombia, gran parte de las comunidades locales rurales, periurbanas y marginales han sido autogestoras del servicio fundamental de agua potable ante la ausencia histórica del Estado colombiano, (DANE, 2013), que tiene un atraso significativo en proveer acceso al agua potable en el sector rural en buena parte del país (Defensoría del Pueblo, 2011, p. 12):

> Se estimó que existían aproximadamente 1.150 prestadores y/ proveedores de los servicios de agua y saneamiento, de los cuales el 90.5% son comunitarios. Sin embargo, a enero de 2013, en el Registro Único de Prestadores dela SSPD[5], se encontraban registrados sólo 3.145 prestadores urbanos y rurales, de los cuales 1508 (48%) prestan el servicio en zona rural, aunque hay 1.158 prestadores en municipios menores y sin clasificar, cuyo ámbito de operación también podría cubrir estas áreas (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2014, p. 20).

Esta constante de la historia de Colombia en el sector rural y periurbano (Navarro, 2011), ha legitimado el accionar de las distintas comunidades que autogestionaron el agua, administrando sus propios acueductos a lo largo de mucho años por medio de Juntas Comunitarias, algunas de los cuales contaron con el apoyo de las Alcaldías municipales, el Instituto Nacional de Programas Especiales (INPES) y la Federación Nacional de Cafeteros por medio de programas de saneamiento básico rural, con la donación de tuberías, la asesoría técnica, entre otras, como sucedió con el Acueducto Regional La Loma –ACUALOMA– del Municipio de Sandoná (Nariño). Se resalta que la gestión y materialización estuvo a cargo de las propias comunidades a través de lazos y relaciones comunitarias de solidaridad y empoderamiento de un tema (políticamente) fundamental, reconocido en el artículo 365 de la Constitución Política:

> Si bien el artículo 365 de la Carta, al autorizar que las 'Comunidades Organizadas' pudieran prestar directa o indirectamente servicios públicos, no estableció una forma jurídica específica bajo la cual estos participarían, sí distinguió su actividad de aquella que pudieran prestar los particulares, como lo evidencia el que el artículo hable tanto de 'Comunidades Organizadas' como de 'particulares' (Sentencia de Constitucionalidad C-741 de 2003 de la Corte Constitucional de Colombia). (Subrayado fuera de texto)[6].

5 Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

6 Sentencias de control de constitucionalidad de referencia (Corte Constitucional de Colombia): C-449-1992; C-478-1992; C-479-1992; C-517-1992; C-590-1992; C-074-1993; C-075-1993; C-082-1993; C-144-1993; C-153-1993; C-169-1993; C-170-1993; C-209-1993; C-267-1993; C-268-1993; C-337-1993; C-181-1997; C-579-1999; C-008-2001; C-053-2001; C-199-2001; C-507-2001; C-543-2001; C-558-2001; C-673-2001; C-815-2001; C-834-2001; C-921-2001; C-949-2001; C-992-2001; C-1051-2001; C-1179-2001; C-1212-2001; C-1218-2001; C-616-2001; C-035-2003; C-041-2003; C-272-2003; C-481-2003; C-1064-2003; C-124-2004; C-408-2004; C-060-2005; C-042-2006; C-736-2007; C-782-2007; C-955-2007; C-068-2009; C-263-2013; C-172-2014.

El agua, hoy catalogada a nivel internacional como derecho fundamental a través de la resolución 64/292 de 2010 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (2014)[7], y ratificada como tal por la jurisprudencia constitucional (Chingaté y otros., 2009) (Díaz y otros, 2009) (Motta, 2011)[8], en Colombia está regulada por el Código de Recursos Naturales (Decreto-Ley 2811 de 1974), el Decreto 1541 de 1978, la ley 99 de 1993, el Decreto 1575 de 2007 y los instrumentos técnico-jurídicos que desarrollan y complementan esta normatividad, expedidos por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Ha dicho la Corte Constitucional:

> El agua se considera como un derecho fundamental y, se define, de acuerdo con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como "el derecho de todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal o doméstico". El agua se erige como una necesidad básica, al ser un elemento indisoluble para la existencia del ser humano. El agua en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una doble connotación pues se erige como un derecho fundamental y como un servicio público. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de acueducto en condiciones de cantidad y calidad suficiente y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (Sentencia de Tutela T-740-2011 de la Corte Constitucional de Colombia) (Subrayado fuera de texto).

7 El 28 de julio de 2010, a través de la Resolución 64/292, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. La Resolución exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los países en vías de desarrollo, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos. En noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la Observación General nº 15 sobre el derecho al agua. El artículo I.1 establece que "El derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna". La Observación nº 15 también define el derecho al agua como el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico.

8 Algunas sentencias de la Corte Constitucional de referencia: S. T-270/07, S. T-616/10, T-279/11, T-089/12, T-312/12, T-749/12, T-077/13, T-179/13, T-242/13, T-348/13, T-424/13, T-573/13), S. T-418/10, T-312/12, T-242/13, T-348/13), S. C-220/11.

Hoy en día el principal interés de buena parte de estas organizaciones comunitarias es mantener el control administrativo y político de la distribución y manejo del agua ante lo que ellas consideran las iniciativas gubernamentales por someterlas a lo dispuesto por la ley de Servicios Públicos Domiciliarios (142 de 1994) y las comisiones tecno-científicas que controlan la calidad del agua, que relegan a un segundo plano el manejo tradicional de la misma por ser –supuestamente– ineficiente y costoso; manejo muchas veces asociado a prácticas de raigambre ancestral con una visión alternativa sobre el mundo y la relación del ser humano con el agua (Ceballos F. , 2013), como ocurre con algunos pueblos originarios (Vasco L. , 2010) (Vasco L. G., 2011) (Vasco L. , 1997). Según lo recogido por los distintos encuentros de las Comunidades Organizadas Prestadoras del Servicio Público Domiciliario de Acueducto en Colombia, el gran temor es que se pretenda, por parte del Estado y actores sociales con intereses económicos sobre el agua, que estas organizaciones pasen del modelo de prestación comunitaria del servicio de acueducto, al modelo empresarial que ve en el agua un "recurso" que puede generar riqueza económica desde una visión empresarial (Decreto 3200 de 1998), resultado de la venta del servicio de agua por la iniciativa pública y/o privada, jurídicamente limitadas por el bien común (artículo 333 de la C. P. de Colombia) (Penca de Sábila ADACA, 2011) (Isch, 2006)[9], dándose al menos dos criterios para abordar su manejo: 1) como un recurso y un servicio susceptible de comercialización según la ubicación constitucional del servicio (Titulo XII, Capítulo V C.P.), y 2) como un derecho fundamental, un servicio comunitario y un deber que puede catalogarse como ambiental, social y cultural, con una ubicación constitucional mucho más amplia y sistemática, que va desde los derechos fundamentales, a los colectivos y del medio ambiente.

Si bien la idea de controlar la distribución del agua es un asunto que el Estado puede reservarse por razones de soberanía o interés social estratégico (artículo 365 de la C.P. de Colombia), no se ve que haya interés de que esto ocurra en Colombia, dada la "abundancia" del recurso hídrico y el apetito de la inversión privada (nacional y extranjera) (Urrea et. al., 2011), que sabe que ante el cambio climático y la sobre población humana, debe buscar estrategias para controlar, o al menos incidir, en la distribución

9 En Colombia, si bien no existe un modelo económico específico, exclusivo y excluyente, el que actualmente impera, fundado en el Estado Social de Derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo. En el sistema político colombiano, el orden público económico se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población (Sentencia de Constitucionalidad C-741 de 2003 de la Corte Constitucional de Colombia) (Subrayado fuera de texto).

de agua en donde la haya, al ser considerado por los Estados un bien económico y un recurso estratégico para el desarrollo (Comunidad Andina, Secretaría General, 2010)[10].

Hoy que las formas comunitarias de vida cada día son más vulnerables a los ataques del individualismo y el ánimo de lucro, se hace urgente potenciar y resistir junto a las formas de pensamiento que pueden llegar a convertirse en el eje de nuestra salvación planetaria, o al menos en el consuelo de la utopía:

> Ahora que lo pienso, profe, mi papá abuelo sabía decir que todo esto de la comunidad se estaba acabando conforme el mundo se iba pudriendo rodeado de sus propios desechos, y que eso había empezado con los conquistadores que nos expulsaron de nuestras mejores tierras. En los tiempos de él, ya dizque era muy difícil que las personas de nuestro territorio salieran a acompañar a una minga, y que pagaban trabajadores, muchos de ellos venidos de otras partes, como mi abuela Ligia. Hoy ya ve: por todas partes hay basura, y ya pocos nos preocupamos por ir a limpiar los nacimientos de agua, porque le dejamos todo al fontanero, y él solo no puede con todo. Esta vida ha ido de mal en peor, pues ahora tenemos de todo menos conciencia para con los demás, profe. Y el gobierno no ayuda en eso de crear comunidad, y cuando lo hace trae segundas y terceras intenciones (Historias del Agua., 2014)[11].

10 Un ejemplo de esto es lo que ocurrió en Cochabamba (Bolivia) en las llamadas Guerras del Agua, donde se generó una serie de enfrentamientos entre la comunidad y el gobierno por los cambios en la prestación del servicio de acueducto y del manejo del agua (como el aumento de tarifas, o la prohibición de recolectar aguas lluvia, verbigracia) con la llegada de la empresa Aguas del Tunari –de mayoritaria inversión extranjera– a la administración del servicio de acueducto. Los enfrentamientos terminaron con más de cien heridos y al menos un muerto: Víctor Daza. Después de las revueltas, Aguas del Tunari fue expulsada del país, y el control del agua quedó en la comunidad (Kruse, 2005) (Barlow, Maude y Clarke Tony., 2004) (Fernando L. García y Alberto García Orellana, 2004) (Perevochtchikova, 2012). Un hermoso cuento sobre esta postura de defensa del agua ante los intereses corporativos, se desarrolla en el trabajo de "La Abuela Grillo" (Chapon, 2009)

11 Algunas de las reflexiones que presentamos se adentran en las voces de los actores sociales, pero mediadas por la lógica onírica que propusiera el Subcomandante Marcos como alternativa de resistencia en la lucha de los actores sociales indígenas y campesinos del sur de México, y que hoy, ante la avalancha aún abrumadora de las lógicas técnico-científicas con las que se desestabiliza las formas tradicionales de vida de campesinos, indígenas y poblaciones marginales, son herramientas que presentan caminos alternativos para el diálogo desde el reconocimiento del otro en uno mismo. Después de todo, "la historia que te voy a contar no me la contó nadie. Bueno, me la contó mi abuelo, pero él me advirtió que sólo la entendería cuando la soñara, así que te cuento la historia que soñé y no la que me contó mi abuelo" (Marcos, 2000)

2. LAS COMUNIDADES ORGANIZADAS

La Constitución Política reza en al artículo 38 que "Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad"[12]; y no limita ese derecho a un único modelo. Pero tratándose del manejo de los servicios públicos domiciliarios, la Ley 142 de 1994 sí lo hace, pues está diseñada en su articulado para modelos empresariales del manejo del agua, con privilegio de la inversión privada, asunto recogido también en el decreto 3200 de 2008 sobre "Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento"[13]. Esta falta de reglamentación diferenciada que reclaman las Comunidades Organizadas, se hace urgente ante los embates privatizadores del agua. Dicen Urrea y Cárdenas al respecto:

> El proceso privatizador del agua se inició en los años noventa cuando las reformas estructurales impuestas a los países de América Latina propiciaron la llegada de operadores internacionales que se hicieron a la propiedad o concesión de los servicios de agua, sobre la base de garantizar eficiencia administrativa y financiera. Los años y las malas experiencias demostraron lo contrario, y ya al inicio de este milenio constatamos la retirada de varias transnacionales que no pudieron superar los conflictos sociales y económicos que originaron malas prácticas gerenciales, caracterizadas por altas tarifas, poca cobertura y apropiación de recursos públicos, como es el caso de Cochabamba y la Guerra del Agua (2011, p. 15)[14].

12 Sentencias de control constitucional de referencia (Corte Constitucional de Colombia): C-449-1992; C-562-1992; C-606-1992; C-010-2000; C-008-2001; C-054-2001; C-543-2001; C-580-2001; C-948-2001; C-1173-2001; C-031-03; C-229-03; C-424-2005; C-1190-2005; C-520-2007; C-354-2009.

13 Los Planes Departamentales del Agua [hicieron] parte del Plan Nacional de Desarrollo del segundo mandato del gobierno Uribe; fueron presentados como la solución a la falta de acceso de la población al agua potable y al saneamiento básico, privilegiando el endeudamiento con la banca privada y las instituciones financieras internacionales, y llevando a escala departamental el modelo de privatización inaugurado en el año 94, principalmente en la costa Caribe colombiana (Urrea, 2013, p. 38).

14 "Ley 1151 de 2007, artículo 6: Descripción de los principales programas de inversión. "La estrategia en agua potable y saneamiento impulsará el manejo empresarial y los esquemas regionales a través de la implementación de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios, articulando las diferentes fuentes de recursos, con un mejor control sobre la ejecución de los mismos, y sin perjuicio de las competencias de las Corporaciones Autónomas Regionales, como máxima autoridad ambiental en el área de su jurisdicción. Dentro de este marco, se desarrollarán la gestión y los instrumentos regulatorios y de control necesarios para adelantar procesos de transformación empresarial, con la vinculación de operadores especializados, en lo posible bajo esquemas regionales, o con la conformación de organizaciones eficientes de tipo comunitario autorizadas por la Ley 142 de 1994".- Véase también el artículo 91: Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento. Ver: http://bit.ly/150T2Y" (Danilo Urrea y Alejandro Cárdenas, 2011, p. 16).

Si bien las organizaciones sociales pueden ser vastas (cooperativas, empresas, mutuales, asociaciones, fundaciones, entre otras), estas se pueden agrupar en dos grandes vertientes en el ejercicio de una actividad: con o sin ánimo de lucro. Las Comunidades Organizadas prestadoras del servicio público domiciliario de Acueducto se ubican como entidades sin ánimo de lucro (Decreto Nacional 421 de 2000), pues su fin no es "comercializar" un recurso natural, sino proveer de forma equitativa entre sus usuarios, el agua concebida como un derecho y no como una mercancía, y en muchas regiones del país, con connotaciones espirituales, culturales e identitarias en el caso de los pueblos originarios, o en el sur del país con el juego con agua del 28 de diciembre (Ceballos F. , 2012)[15], y en todo caso con responsabilidad social, ambiental y sostenible (Araméndez, 2014). Al respecto ha señalado la Defensoría del Pueblo:

> El agua constituye un elemento identificador y diferenciador de las culturas. Está estrechamente relacionada con el patrimonio cultural de la Nación. Su uso y aprovechamiento se hará de conformidad con las costumbres ancestrales y tradicionales, respetando el ambiente y el interés público y social (Defensoría del Pueblo, 2013, p. 7).

Esa relación con el agua de las Comunidades Organizadas en algunos casos va hacia la perspectiva biocéntrica, asignándole derechos por ser la fuente mítica de la vida de muchos pueblos desde tiempos antiguos, en muchas partes sin interrupción hasta la actualidad, siendo la cosificación de la naturaleza reciente, aunque devastadora para esta perspectiva (Acosta, 2012) (Acosta, Bravo y Shiva, 2012) (Acosta y Martínez, 2011) (Ceballos F, 2013) (Gudynas, 2010) (Ceballos F. 2014)[16].

15 Piénsese por un momento en el origen del pueblo misak: "Los guambianos somos nacidos de aquí, de la naturaleza como nace un árbol, somos de aquí desde siglos, de esta raíz. Nuestros mayores lo saben hoy como lo han sabido siempre; saben que no somos traídos, por eso hablan así: primero fue la tierra y junto con ella estaba el agua... y en las cabeceras de las sabanas eran las lagunas, grandes lagunas. La mayor de todas, un hueco muy profundo situado en el centro de la sabana, era la de Nupisu o ib>Piendamú [Sic], en el centro de la sabana, del páramo, como una matriz, como un corazón. El agua es vida. Primero eran la tierra y el agua. También había ciénagas y barriales que recogían muchas aguas y se unían con las lagunas. Las aguas nacían de los ojos de agua que quedaban en el centro, y todas se iban reuniendo para formar un río grande que corría hacia abajo. El agua no es buena ni es mala. De ella resultan cosas buenas y cosas malas. (Vasco, 1997).

16 A propósito de la perspectiva biocéntrica para el derecho ver: Aproximaciones a los derechos de la naturaleza y el buen vivir desde los pueblos originarios en Colombia: Retos frente a los desafíos ambientales del siglo XXI., 2014. En Boletín de Antropología N° 47 Vol 29. Y sobre la perspectiva biocéntrica en relación al agua ver: El agua: un asunto de justicia en comunidad con el planeta. En Agua para la Vida: Memorias de la IV Semana Nacional de la Ciencia, la Teconología y la Innovación, Nariño 2012. Universidad Mariana, 2013.

> Nosotros no entendemos bien lo que nos quiere explicar, porque para nosotros el agua es la esencia de la cual brotamos, como todos los otros seres; y de la tierra también, por eso nos quedamos sembrados aquí con los páramos, las lagunas y el volcán. Nosotros no entendemos a que se refiere cuando habla del agua como un derecho humano, porque las bestias también tienen derecho al agua, si a eso vamos, así como el Cueche, que aparece por el agua; o el duende, que vive metido en el agua, sobre todo en los lugares sagrados del territorio; o la rana tigre que encontramos con el profe Jaime el otro año. Sé que mis compañeros campesinos si entienden de derecho al agua, y compartimos el espíritu de la lucha con ellos, pero que quede claro que el agua está viva, y que con ella es que curamos en nuestra comunidad, tal y como lo hacía Don Juanito, que no era indígena, pero que al igual que nosotros, estaba compactado con los espíritus de la montañas (Ceballos F., Historias del Agua., 2014).

El decreto 421 de 2000, que amplía lo dispuesto en el artículo 15.4 de la ley 142 de 1994 (único que menciona a las Comunidades Organizadas de forma indirecta como "organizaciones autorizadas"), señala que estas deberán constituirse como personas jurídicas sin ánimo de lucro (artículo 1), además de:

> [...] registrarse en la Cámara de Comercio con jurisdicción en su respectivo domicilio, inscribirse ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, y obtener las respectivas concesiones, permisos y licencias a que se refieren los artículos 25 y 26 de la Ley 142 de 1994 (artículo 3) (subrayado fuera de texto).

La constitución de las Comunidades Organizadas como personas jurídicas sin ánimo de lucro las ubica dentro del sector de la llamada economía solidaria (artículos 1, 38, 58 inciso 3, 333 inciso 3 de la C. P. de Colombia), aunque políticamente desborde estos parámetros empresariales solidarios, pues no ha sido la empresa la forma de organización adecuada para la prestación del servicio de acueducto, que además (y primero) se ubica como derecho fundamental. En muchos lugares de Colombia la organización que ha levantado sus acueductos y los mantiene se denomina comunidad, foco de resistencia pese a las críticas y la presión social y económica de las cuales son objeto muchas comunidades rurales (Rivas, 2010).

> Nosotros dependemos de nuestro trabajo comunitario, pues aunque organizados según la ley y con estatutos propios, lo que es la esencia de nosotros es lo comunitario, lo común. Y lo común es la fuente de donde brota nuestro sustento, nuestra vida; la fuente que nace de las rocas y que ha significado el tesoro por el que nos reconocen ustedes, y nos invitan a las charlas sobre acueductos. Nosotros nos sentimos orgullosos de lo que hemos logrado, y esperamos que esto pueda seguir manteniéndose por nuestros hijos, a los que educamos para que sigan nuestros pasos (Historias del Agua, 2014).

3. LEY 142 DE 1994 Y LAS COMUNIDADES ORGANIZADAS

La ley de servicios públicos domiciliarios está separada de la realidad de las Comunidades Organizadas, ya que ni siquiera son mencionadas en el cuerpo de la ley, que las denomina como "organizaciones autorizadas conforme a esta Ley".

Ha dicho la Corte Constitucional de Colombia sobre la ley 142 de 1994:

> En uso de la facultad que la Carta Política le confirió al Congreso de la República para reglamentar la prestación de los servicios públicos domiciliarios se expidió la Ley 142 del 11 de julio de 1994, que con base en lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a 370 Superiores, desarrolló los fines sociales de la intervención del Estado en la prestación de estos servicios para alcanzar los siguientes objetivos: garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan; prestación eficiente; libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante; obtención de economías de escala comprobables; mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación; establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad (Sentencia de la Corte Constitucional C-741 de 2003).

La ley 142 de 1994 de servicios públicos domiciliarios se aplica a todos los prestadores de los mismos, y muy a pesar de que las empresas de servicios públicos domiciliarios son apenas uno de los prestadores de los que trata el artículo 15, la misma está pensada sólo desde y para la lógica empresarial de estos actores, asunto complicado para las Comunidades Organizadas prestadoras del servicio público domiciliario de acueducto, que son otra cosa y exigen un trato diferente, que empiece por el reconocimiento de su quehacer como comunitario, social, ambiental, cultural y ajeno a las lógicas de la empresa. Si la lógica gubernamental es cumplir la ley 142 de 1994 a toda costa, debe hacerlo sólo con las empresas de servicios públicos domiciliarios tal y como lo ha entendido la Corte Constitucional, y concertar con la sociedad de forma prioritaria la regulación de las Comunidades Organizadas que prestan el servicio público domiciliario de acueducto. Ha dicho la Corte Constitucional al respecto:

> El término empresas de servicios públicos domiciliarios, lo reserva la Ley 142 de 1994 para las sociedades por acciones –sean éstas públicas, mixtas o privadas- que participen en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; o la realización de una o varias de las actividades complementarias. De tal manera que una comunidad organizada mediante una forma diferente no es considerada empresa de servicios públicos domiciliarios (Corte Constitucional, 2014) (Subrayado fuera de texto).

Al respecto señalan las comunidades:

> Cada vez que el gobierno nos llama a reuniones es para advertirnos que tenemos que cumplir la ley 142 de 1994, y que si no lo hacemos nos va a intervenir para que manejemos el agua como una empresa. Dizque sólo así se puede dar un buen servicio y agua de calidad… ¡Como si no lleváramos más de cuarenta años tomando el agua de nuestro acueducto, como nos lo enseñaron nuestros mayores! ¡Y nada malo nos ha pasado! Eso es ahora no más que nos molestan con el cuento de cumplir la ley 142, que usted y otros amigos nos han dicho tiene vacíos con respecto a nosotros, que somos diferentes. Por eso la mayoría de los compañeros que usted ve aquí no están registrados ni en la Superintendencia ni ante la CRA, y a veces ni siquiera ante la Cámara de Comercio, porque tenemos miedo de una intervención que nos privatice el agua; y aunque el gobierno diga otra cosa, sabemos que es nuestra, por herencia de nuestros antepasados. Así es, doctor, de nuestros antepasados, porque si algo hemos aprendido de los compañeros indígenas que nos acompañan, es valorar la herencia de nuestros mayores, que en nuestro caso, supieron organizarse y traer el agua a nuestras veredas. Y eso no lo podemos traicionar, menos aún ahora que el agua parece enojada con los hombres, ausentándose por mucho tiempo o cayendo con la furia de un diluvio que amenazara destruirlo todo.
> -¿Y qué proponen?
> Resistir. Esa palabra, pese a lo que pueda imaginar, es nuestra fortaleza. No dejarnos amedrentar por el gobierno porque tenemos la razón, el derecho y la justicia de nuestra parte, aunque la política presione en favor de otra forma de pensar, ajena a la comunidad (Ceballos F., Historias del Agua., 2014).

4. PRIMEROS EN EL TIEMPO, PRIMEROS EN EL DERECHO. ¿UNA PERSPECTIVA POLÍTICA DE DERECHO MAYOR?

El llamado Derecho Mayor que invocan los Pueblos Originarios es el que estos han heredado de su existencia primigenia y permanencia en el territorio que ocupan actualmente, porque son nacidos de allí; como un árbol cuyas raíces se pierden en lo más profundo de la historia. Primeros en el tiempo, primeros en el derecho[17]. Este reclamo generalizado de los pueblos originarios tiene eco en la consigna de las Comunidades Organizadas cuando argumentan, frente al estado y sus planes, el haber estado antes que éste para la prestación de un servicio esencial para garantizar el goce del derecho a la vida en condiciones dignas, como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional.

> La memoria colectiva aún recuerda la construcción de los Acueductos Comunitarios mediante mingas para colocar las redes de tubería, el cuido de las fuentes y nacimientos, y para mantener viva la solidaridad que implica vivir en comunidad. La memoria colectiva aún recuerda el poder de las aguas sobre la vida y la muerte de los efímeros hombres (Ceballos A, 2012, p. 17).

17 Así lo expresa el pueblo Misak: Nosotros los Guambianos siempre hemos existido en estas tierras de América. Y por eso tenemos derechos. Nuestros derechos nacen de aquí mismo, de la tierra y de la comunidad, desde antes que descubriera Cristóbal Colón; desde la época de los Caciques y de los gobiernos nombrados por las comunidades. Porque antes de llegar Cristóbal Colón, la gente existía en esta América; porque los anteriores trabajaron, entonces existía derecho y esto ya era un país (Pueblo Misak, 2010, p. 56).

Al ser autogestoras del servicio público de acueducto y derecho al agua, las Comunidades Organizadas se empeñan en mantener sus formas tradicionales de administrar sus acueductos, con el apoyo integral del Estado. Primeros en el servicio, primeros en el derecho por lo cual han reiterado que "los Acueductos Comunitarios al ser producto de la autogestión, no podrán ser calificados como "ilegales" y por el contrario deberán predicar la autonomía administrativa, financiera, jurídica y organizativa" (Defensoría del Pueblo, 2014, p. 3).

Este *principio de justicia* más que de derecho es, a la vez, el elemento central de una nueva (vieja) forma de pensar: una perspectiva alternativa de derecho, pues se ha dicho en los foros y conversatorios que ha habido en la ciudad de Pasto y otras regiones de Colombia con las Comunidades Organizadas, que lo comunitario implica otra forma de pensar necesaria (Jaramillo, 2007).

> Acualoma es lo que el compañero dice: comunitario. La política que se hace aquí es comunitaria. Él participa, nosotros participamos, e inclusive, cuando hay necesidades de hacer unos trabajos se les dice a los usuarios que manden un trabajador, o si no, que nos ayuden con un salario mínimo para el trabajador, ¿cierto? Entonces eso es algo bueno, porque participamos todos y somos dueños todos (Sandoná, 2014).

Entonces, ¿qué hay que hacer? (pregunté):

> La verdad estamos como usted, medio confundidos, porque la alternativa sería que nos reconozcamos como indios todos, pero eso no se puede no más. Sin embargo, estoy de acuerdo con lo que nos han dicho los hermanos indígenas sobre que nosotros fuimos primeros, y que eso debe importarle al Estado, que tiene la tendencia a no escuchar más que a sus asesores de corbata, que no conocen, al menos como ustedes los pocos de la universidad que nos acompañan [sólo de vez en cuando, pensé]. Pero todos acá (eso téngalo por seguro), campesinos e indígenas, sabemos que al haber liderado nuestros mayores los acueductos que hoy defendemos, ganamos el derecho de decidir sobre cómo se ha de seguir pensando en torno al agua. Porque por mis tierras también se cuentan cosas sobre el poder de las aguas, no vaya a pensar que sólo los indígenas, y si nos han de obligar a rebuscar, seguro que encontramos nuestras raíces allí enterradas en la tierra, como mis abuelos (Historias del Agua, 2014).

Aunque es impensable (jurídicamente hablando) creer en el reconocimiento de un "derecho mayor" por parte del Estado colombiano hacia las Comunidades Organizadas del Agua, sólo la resistencia social y la participación política podrán hacer respetar la autonomía con la que estas han manejado el tema del agua, y de cómo van aprendiendo a mejorar la calidad del servicio desde valores como la solidaridad, la ayuda mutua, y la construcción de comunidad. Resistencia y participación política desde los espacios ciudadanos, pedagógicos y creativos (Andrés Gomez Rey y Gloria Rodríguez, 2013) que, por asunto de [búsqueda de] justicia, la academia está obligada a acompañar.

5. EL EJEMPLO EXITOSO DEL MODELO DE ACUALOMA: LA COMUNIDAD DEL AGUA

En el municipio de Sandoná se ha consolidado el Acueducto Regional La Loma –Acualoma– como un modelo exitoso de gestión integral para los Acueductos Comunitarios, que han visto menguada su autonomía conforme las políticas del Estado, amparado en el deber de mantener el control y vigilancia en la prestación eficiente los de servicios públicos, penetran las estructuras sociales comunitarias para incidir en ellas, muchas veces bajo la sombra de los intereses de sectores multilaterales como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo o la USAID.

Hace algunos años, doctor, yo conocí a unos compañeros de Pasto que andaban con mucho temor de recibir unos dineros que la Alcaldía de Pasto les quería entregar para mejorar su acueducto veredal y construir el alcantarillado, porque esos dineros como que venían del Banco Interamericano y pedían que se nombraran presidentes, secretarias y fontaneros con salario para administrar el acueducto, cuando eso de manejar el agua era un deber social para con la comunidad y no un asunto de empleados con salario. Con esa lógica, mi doctor, seguro que se acababa lo comunitario, pues como sucede en la ciudad, los distintos compañeros irán perdiendo el interés por trabajar para la comunidad, pues con el dinero que pagan lavan su conciencia. Más o menos, yo que tengo experiencia, si se deja lo comunitario por un asunto de mera administración, nos pasa lo que les pasó a algunos compañeros indígenas, que hoy cada día son menos comunidad y más intereses económicos por los que se despedazan entre sí. Es que el gobierno es hábil: cuando necesita tomar el control de algo, lanza dinero para que las comunidades se peleen (Ceballos F, Historias del Agua, 2014).

Esta percepción es generalizada en los distintos encuentros de Acueductos Comunitarios, que sienten temor ante los planes de aguas gestados desde el gobierno. Acualoma, sin embargo, ha logrado articular perfectamente sus intereses con los de la Alcaldía Municipal de Sandoná en un reconocimiento mutuo como constructores de sociedad.

> En 1962, si mal no me acuerdo, el alcalde de Sandoná –que como que se llamaba Gerardo Rafael Cabrera, según me cuenta mi papá abuelo– cuando se enteró de la iniciativa de los finados Alonso García y Rafael Montezuma, mandó a pedir la ayuda de la Federación de Cafeteros para apoyar a la comunidad. En ese tiempo, dizque la inauguración del primer acueducto, con tubería de hierro, se hizo un 24 de noviembre del sesenta y dos. El acueducto dizque venía de la Cruz del Arado hasta la vereda el Tambillo, de donde era el finado Alonso (Historias del Agua, 2014).

Con el liderazgo de los señores Alonso García Portilla (líder de la vereda el Tambillo) y Rafael Montezuma (primer fontanero), la idea del acueducto regional La loma se gestó hacia 1957 y concluyó, en su primera etapa, hacia 1962, continuándose los trabajos hasta la actualidad bajo la dirección de Yurani Gómez (Administradora) con la asistencia de Elsy Córdoba (Asistente) y Manuel Rosero como presidente de la Junta de Usuarios, siendo apoyo y ejemplo para el municipio ante las emergencias por el suministro de agua que se han presentado, según cuenta la comunidad.

Este acueducto no sólo es eficiente, sino comprometido con la salud y bienestar de sus usuarios, en el marco del cuidado de las fuentes hídricas, bajo el entendido de su importancia para la vida:

> En cuanto al trabajo de nosotros ha sido una idea que, digamos, de cuenta nuestra, de las comunidades que pertenecemos al Acueducto Regional La Loma [...] A medida que la situación es grave respecto del servicio que se va presentando, no únicamente a nivel nuestro sino a nivel nacional van surgiendo situaciones [...] Mire aquí en el Acueducto regional La Loma, sin querer... ¿cómo le dijera? Sin querer decir que nosotros fuimos lo máximo, ¿no?, pero el Acueducto regional La Loma fue el pionero en la reforestación. Nosotros hicimos la primera reforestación en el año 1992, que vino hasta un viceministro de agricultura. Lastimosamente se llevó la grabación y no nos la envió. Entonces nosotros si hemos tenido conciencia, si hemos tenido visión futurista (Sandoná, 2014).

> [...]
> Nosotros, sin que nadie nos haya dicho nada, tuvimos visión de cuidar las fuentes, porque nuestras veredas son escasas de agua. Me acuerdo que una vez, cuando llevamos a los niños a la bocatoma, nos nació la idea de reforestar; y antes nosotros hemos contado con suerte, porque unos u otros, de vernos unidos, será, nos han colaborado con alguna cosa: con árboles, con talleristas, con el café, con ingenieros, abogados y otros profesionales solidarios. No ve ustedes que vienen a aprender de nosotros, nos fortalecen con sólo venir a aquí, a validar nuestro saber hacer, nuestro trabajo en este mundo para la comunidad (Historias del Agua, 2014).

6. NATURALEZA JURÍDICA DE ACUALOMA: ENTRE LO COMUNITARIO Y LO ADMINISTRATIVO.

El Acueducto Regional La Loma-Acualoma- está constituido como una Asociación Junta Administradora del Acueducto, cuyo NIT es 814.006.941-6, y presta sus servicios a las veredas de El Tambillo, La Loma. San Antonio, San Gabriel, San Bernardo, Altamira-Cruz de Arada, Bellavista, Feliciana, Vergel y Bolívar. Con más de 928 suscriptores y aproximadamente 5000 usuarios según cuenta el presidente de la junta usuarios Manuel Rosero.

> Nuestros mayores han sabido trabajar desde hace mucho tiempo en esto del acueducto. Hace 57 años que tenemos esto que es el corazón de nuestra comunidad, de nuestra vocación de servicio. Somos fuertes porque somos organizados y nos preocupamos de unos a otros por un asunto tan importante como tener agua. Somos fuertes porque el fundamento de nuestro trabajo es la comunidad, a través de mingas como esta, que no son de sudor sino de ideas. Cada vez que hay asamblea hay ideas, y esas ideas son las que nos impulsan a seguir trabajando. No ve, ya tenemos sede propia, que ya no más inauguramos, mientras la empresa del municipio vive arrendando de un lado al otro. Si quiere, según sus palabras, un "modelo" para manejar el agua, piensen primero en la tarea de crear comunidad. Si no existe preocupación por el otro nada funciona. Aún la empresa necesita de la preocupación por el otro para crear armonía y prosperidad en comunidad con el planeta (Historias del Agua, 2014).

Como entidad sin ánimo de lucro, Acualoma basa su quehacer en el trabajo comunitario, combinándolo con prácticas administrativas que le permiten manejar eficientemente sus cerca de mil suscriptores. Mediante una Asamblea compuesta de delegados de las veredas parte del proyecto, se eligen a las autoridades que administran el suministro de agua.

> A nivel de la organización siempre se ha dicho que el actuar de Acualoma es lo comunitario, ya que aquí no hay un sentido de lucro de ninguna manera. Creo que somos 42 delegados. Antes cada delegado representaba 20 personas, hoy día son más usuarios, y para no incrementar mucho el número de delegados, cada 25 usuarios representa un delgado […] En cada vereda se hace una reunión, y allí los usuarios de cada vereda eligen a sus delegados (Sandoná, 2014).

CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE ACCIÓN

Acualoma se ha convertido en uno de los referentes para los Acueductos Comunitarios de la región, ya que su éxito es un ejemplo de cómo las comunidades, de forma autónoma, pueden encontrar caminos y alternativas para satisfacer sus necesidades, como las del servicio de abastecimiento de agua. Acualoma a lo largo de sus más de cincuenta años, ha logrado evidenciar que es posible el trabajo comunitario como sustento de un modelo de organización que combina el aprendizaje mediante la experiencia (ensayo y error) y algunas herramientas organizativas como las de la empresa, sin renunciar a la concepción del agua como un bien común que no es susceptible de mercantilización, y que por lo tanto, queda fuera del mercado. Si algo ha deslegitimado la acción del estado frente a las Comunidades organizadas del Agua, son las condiciones de cambio de las estructuras administrativas propias, sin que medie por ello la reflexión comunitaria en torno a su conveniencia en el contexto en el que estos se desarrollan.

En el último encuentro de Acueductos Comunitarios en el que participó el Acueducto Regional La Loma Acualoma, a instancias de la Defensoría del Pueblo en cabeza de la Dra. Zaida Navarro, con el apoyo del programa Suyusama y la Universidad Cooperativa de Colombia en diciembre de 2013 en Pasto, se concluyó que es un propósito de parte de las comunidades mantener el control sobre el manejo y distribución de agua, y que toda incidencia en el manejo de la misma deberá pasar por una adecuada reflexión interna de cada acueducto, así como por una reflexión colectiva surgida de las distintas iniciativas de agrupar a estos actores sociales.

Recogiendo lo avanzado hasta la fecha, la Defensoría del Pueblo ha presentado un balance que propugna por mantener y fortalecer: 1) La consolidación de una red nacional de Comunidades Organizadas prestadoras del servicio público domiciliario de Acueducto, a partir de la articulación regional 2) La realización de litigio estratégico como apoyo a las luchas y resistencias de los distintos Comunidades organizadas del Agua 3) Promover la participación, la comunicación y la movilización sociales 4) Buscar el reconocimiento de las formas comunitarias de administración, así como la financiación por parte del estado de los proyectos necesarios enmarcados para el mejoramiento en la prestación del servicio 5) Acompañamiento y asesoría en el manejo adecuado de los conflictos por el agua.

En todo caso, para lograr una fortaleza de los Acueductos Comunitarios se hace necesario pensar en las seis dimensiones identificadas en el modelo exitoso de Acualoma (Sandoná, Nariño):

Lo comunitario. La dimensión comunitaria es la base de la existencia y permanencia de las comunidades organizadas que prestan el servicio de acueducto. Lo comunitario es, en esencia, lo que sacó adelante a estos actores sociales por medio del trabajo mancomunado mediante mingas para la gestión, construcción y manejo de los acueductos propios. Lo comunitario se construye mediante valores como la solidaridad, la reciprocidad y la minga.

Lo organizacional. La dimensión organizacional o administrativa para las Comunidades Organizadas prestadoras del servicio público domiciliario de acueducto, es la forma cómo se organizan para alcanzar sus objetivos. Ya sea como juntas de acción comunal o de acueducto (herederas de las formas comunitarias de gobierno coloniales como los Cabildos), cooperativas, asociaciones u otras formas de gobierno. La organización de las comunidades debe estar transversalizada por los principios de gestión, eficiencia y responsabilidad.

Lo político. La dimensión política para el manejo integral del agua implica dos metas fundamentales para las comunidades organizadas: 1) La organización en red de estos actores sociales y 2) La lucha por las reivindicaciones político-jurídicas pertinentes con la naturaleza de las mismas: a) Reconocimiento del servicio público domiciliario de acueducto como un derecho fundamental b) La construcción social de una ley propia para las Comunidades Organizadas prestadoras del servicio público domiciliario de acueducto.

Lo ambiental. La dimensión ambiental para el manejo integral del agua va más allá de cumplir la normatividad ambiental vigente, orientándose a sensibilizar e interiorizar el cuidado del ambiente como una práctica cotidiana, que dimensione al ser humano como parte integral de la naturaleza. Y en ese sentido, como uno más de los seres con derecho a tomar del planeta sólo lo necesario para una existencia adecuada y en armonía (derechos de la naturaleza).

Lo técnico. La dimensión técnica conlleva una constante preocupación por mantener y mejorar el suministro de agua potable, así como la búsqueda de estrategias para la construcción de espacios de capacitación y relevo generacional de los actores encargados de mantener el tejido social e infraestructura de los acueductos propios (fontaneros, líderes). Esta dimensión necesita de la consolidación de redes de Comunidades Organizadas a fin de lograr una adecuada transferencia de conocimientos.

Lo económico. La dimensión económica para el manejo integral del agua parte de considerar al agua como un ser vivo y un derecho, y no como una mercancía, recurso o cosa. La valoración económica del agua está lejos de cualquier consideración utilitarista o mercantil, y está relacionada con una racionalización y usos eficientes y consientes de la misma.

REFERENCIAS

Sandoná, Comunidad Acualoma (2,3,4 de junio de 2014). Proyecto Gestión Integral del Agua. (Rolando Olaya, Nathalie Chingaté, Julián Arturo, Franco Ceballos, Entrevistadores)

Acosta, A. (2012). *Buen vivir: sumak kawsay: una oportunidad para imaginar otros mundos.* Ecuador: Abya-Yala.

Acosta, A. (s.f.). *Rebelion.org.* Obtenido de http://www.rebelion.org: http://www.rebelion.org/docs/117875.pdf

Alberto Acosta & Esperanza martínez (Compiladores). (2011). *Los derechos de la naturaleza: de la filosofía a la política.* Quito: Abya Yala.

Amestoy, A. (2013). *El Planeta Tierra en peligro: calentamiento global, cambio climático, soluciones.* España: ECU.

Andrés Gomez Rey y Gloria Rodríguez. (2013). La participación como mecanismo de consenso para la asignación de nuevos derechos. *Pensamiento Jurídico*, 71-104.

Araméndez, C. S. (2014). *Colombia: Estado actual del debate sobre el desarrollo rural.* Bogota: Ediciones desde abajo.

Barlow, Maude y Clarke Tony. (2004). *Oro Azul. Las Multinacionales y el robo Organizado de Agua en el Mundo.* Barcelona: Paidós Ibérica, S.A.

Cadavid, N. (2009). Acueductos comunitarios: patrimonio social y ambiental del Valle de Aburrá. *Avance en recursos hidráulicos N° 20*, 57-64.

Ceballos, F. (2012). *Antecedentes, perspectivas y caminos del agua en los entornos de San Juan de Pasto.* San Juan de Pasto: II Encuentro Regional de Investigación jurídica y socio-jurídica Redcolsi Nodo Sur.

Ceballos, F. (2013). El agua: un asunto de justicia en comunidad con el planeta. En *Agua Para La Vida:Memorias De La Iv Semana Nacional De La Ciencia, La Teconología Y La Innovación, Nariño 2012.* Pasto: Universidad Mariana.

Ceballos, F. (2014). Historias del Agua. *Creación Etnoliteraria Proyecto Modelo de Gestión Integral del Agua*. Pasto, Nariño, Colombia: Inédito.

Ceballos, F. (2014). Historias del Agua. *Creación Etnoliteraria Proyecto Modelo de Gestión Integral del Agua*. Pasto, Nariño, Colombia: Inédito.

Chapon, D. (Dirección). (2009). *La Abuela Grillo* [Película].

Comunidad Andina, Secretaría General. (2010). *El agua en los Andes.* Lima: Comunidad Andina de Naciones.

DANE. (2013). *Encuesta Nacional de Calidad de Vida 2013 ECV.* Bogoá: DANE. Recuperado de: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/calidad_vida/Boletin_Prensa_ECV_2013.pdf.

Defensoría del Pueblo . (2013). *La gestión comunitaria del agua.* Bogotá: Defensoría del Pueblo.

Defensoría del Pueblo. (2012). *Avence del derecho humano al agua en la constitución, la ley, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales 2005-2011.* Bogotá: Defensoría del Pueblo.

Díaz, Angélica; Chingaté, Nathalie; Muñoz, Diana; Olaya, Wilmar; Perilla, Carolina; Sánchez, Federico; Sánchez, Karen. (2009). *Desarrollo sostenible y el agua como derecho en Colombia.* Bogotá: Universidad del Rosario.

Donella y Denis Meadows, Jorgen Randers, William Beherens III. (1972). *Los límites del crecimiento (The limits to growth).* Nueva York: Universe Books.

Fernando L. García y Alberto García Orellana. (2004). Las lecturas de la democracia en Bolivia. *Política Universidad de Chile*, 325-338.

Gudynas, E. (2010). La senda biocéntrica: valores intrísecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa N° 13*, 45-71.

Haber, A. (2011). Nometodología payanesa: notas de metodología indisciplinada. *Revista chilena de antropología.*, 9-50.

Isch, E. (2006). *Agua y servicios ambientales: visiones críticas desde los Andes.* Ecuador: Abya-Yala.

Jaramillo, J. (2007). Las metáforas de lo comunitario. *Reflexión Política Vol. 9*, 20-31.

Kruse, T. (2005). La guerra del agua en Cochabamba. En E. d. Garza, *Sindicatos y nuevos movimientos sosciales en América Latina* (págs. 121-161). Buenos Aires: CLACSO.

López, V. (2000). *Conflictos socioambientales: desafíos y propuestas para la gestión en America Latina.* Quito: Abya-Yala.

Marcos, S. (2000). *Relatos del Viejo Antonio.* México http://palabra.ezln.org.mx/comunicados/1995/1995_12_25.htm: Centro de Información y Análisis de Chiapas (CIACH). Recuperado de: file:///C:/Users/7/Downloads/relatos_viejo_antonio_sup.pdf.

Motta, R. (2011). El derecho al agua potable en la jurisprudencia colombiana. *Revista Republicana N° 11*, 53-67. Recuperado de: http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/07/El-Derecho-al-agua-potable-en-la-jurisprudencia-colombiana.pdf.

Naciones Unidas. (16 de 04 de 2014). *http://un.org*. Recuperado de http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml: http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml

Navarro, Z. (2011). *Acueductos Comunitarios en la zona rural de Ciudad Bolívar.* Bogotá: Defensoría del Pueblo. Recuperado de: file:///C:/Users/7/Downloads/acueductosComunitarios.pdf.

Ortíz, A. (2001). El Agua de los encantos. En J. R. Rosales, *El Devenir de Los Imaginarios* (págs. 197-210). San Juan de Pasto: Maestría en Etnoliteratura-Universidad de Nariño.

Penca de Sábila. (2011). Prestación comunitaria del servicio de agua. *Cartilla N° 3.* Medellín, Colombia: Penca de sábila. Recuperado de: https://docs.google.com/file/d/0BzRNVyYHbxc4Y0tKLWk2MUt3WlE/edit?pli=1.

Perevochtchikova, M. (2012). *Cultura del agua en México: conceptualización y vulnerabilidad social.* México: Editorial Miguel Ángel Porrúa.

Pueblo Misak. (2010). IBE NAMUIGUEN Y NIMMEREA Y GUCHA (1980). *Mopa Mopa N° 20*, 55-58.

Rivas, G. L. (2010). *Antropologia, etnomarxismo y compromiso social de los antropologos.* Queretaro: Ocean Sur.

Sabato, E. (1951). *Hombres y Engranajes.* Buenos Aires. Recuperado de: http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2012/LYM/homb_engSaba.pdf.

Urrea, D. (2013). Aguas, cooperación y relaciones urbano - rurales en Colombia: ¿prosperidad para quién? En *Agentes económicos de la financierización del agua* (p. 94). Bogotá: Amigos de la tierra. Recuperado de: http://censat.org/es/publicaciones/agentes-economicos-de-la-financierizacion-del-agua.

Urrea, Danilo y Cárdenas, Alejandro. (2011). *Aguas sin planes ni dueños: Política de privatización y procesos de resistencia en Colombia.* Bogotá: CENSAT / Amigos de la Tierra. Recuperado de: http://censat.org/es/publicaciones/aguas-sin-planes-ni-duenos-politica-de-privatizacion-y-procesos-de-resistencia-en-colombia.

Vasco, L. (1997). El origen de la gente del agua. *Diversa, revista de pensamiento ambiental Ministerio del medio Ambiente N° 3*, 42-46.

Vasco, L. (14 de 04 de 2010). Los pueblos originarios y la Independencia. *Cátedra de pensamiento social Orlando Fals Borda: "¿Independencia o revoluciones burguesas?"*. Bogotá, Colombia: Luguiva.net / Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Recuperado de: Luguiva.net.

Vasco, L. (05 de Transcripción revisada y corregida de la intervención en el Foro "Etnicidad, desigualdad y diversidad: 20 años de la Constitución del 91", realizado en la Universidad Externado de Colombia en mayo de 2011). *Constitución de 1991: integración jurídica de las sociedades indígenas a la sociedad nacional colombiana.* Recuperado de: http://luguiva.net: http://luguiva.net/articulos/detalle.aspx?id=90

COLOMBIA Y LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA: DESAFÍOS AMBIENTALES Y PUEBLOS ORIGINARIOS[1]

Franco Ceballos Rosero[2]

RESUMEN

El presente capítulo es una aproximación a la perspectiva bio-céntrica para el derecho colombiano desde los espacios de la jurisdicción especial indígena, que acepta la existencia de los llamados Derechos de la Naturaleza; siendo estos una reflexión imperiosa para el pensamiento jurídico en los actuales momentos de emergencia ecológica. En Colombia, pese a la no existencia de instrumentos jurídicos positivos en favor de los derechos de la naturaleza, dentro de las llamadas jurisdicciones especiales indígenas existen una serie de escenarios y prácticas en los que la esencia de un derecho biocéntrico se siente posible cuando se reconoce en la naturaleza una parte más de la gran sociedad planetaria.

Desde un acompañamiento investigativo solidario de largo aliento, al lado de los pueblos originarios de Jenoy y Mocondino, el presente texto explora desde lo etnoliterario la perspectiva biocéntrica de los derechos de la naturaleza en Colombia.

PALABRAS CLAVE: Derechos de la Naturaleza, Buen Vivir, Pueblos Originarios, Conflictos Ambientales.

ABSTRACT

The following text is an approach to a bio-centric perspective for Colombian law under the scope of special indigenous jurisdiction, which accepts the existence of the so-called Rights of Nature. This is an imperative reflection considering the issues and the environmental emergency. In Colombia, despite the absence of positive legal instruments for the recognition of rights of the nature, within the so-called special indigenous jurisdictions there are a number of scenarios and practices in which the essence of a law with a biocentric approach is possible when recognizing the nature as part of the great eco-society.

Grounded on a long-term cooperative research, along with the native peoples of Jenoy and Mocondino, this paper explores from the ethno-literature, the perspective of the rights of nature in Colombia.

KEYWORDS: Rights of Nature, Good Living, Indigenous Peoples, Constitution, Environmental Conflicts.

1 El presente capítulo hace parte de una reflexión frente al proyecto "Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Colombia: Aproximaciones a la Constitución Política desde la perspectiva jurídica y política del pueblo originario quillasinga de Mocondino en San Juan de Pasto", financiado por el Comité Nacional para el Desarrollo de la Investigación CONADI de la Universidad Cooperativa de Colombia. Es, en estricto y riguroso sentido, un ensayo.

2 Abogado y magister en Etnoliteratura Universidad de Nariño. Docente Investigador de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Pasto: franco.ceballosr@campusucc.edu.co.

INTRODUCCIÓN

> Así habló el anciano ante el Consejo de Mayores: un buen gobernante debe aprender el lenguaje de su mundo, no sólo el de los necios hombres –les dijo –. Hablo del lenguaje del agua, de las rocas, de las selvas, de las cosas que crecen y mueren, y de las que sólo el sueño revela; un buen gobernante debe aprender el lenguaje que no se puede captar con los sentidos[3]

Los fenómenos político-jurídicos constitucionales de los Estados Plurinacionales de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), trajeron al escenario socio-jurídico los llamados Derechos de la Naturaleza, una perspectiva biocéntrica que sobrepasa las barreras antropocéntricas, aceptando que los demás seres y sistemas de seres con quienes compartimos el hábitat planetario son sujetos de derechos[4]. ¿Cuáles? Los elementales de vida, agua, aire, alimento y hábitat armónicos, que dificilmente los humanos respetamos con el tipo de sociedad que poseemos, voraz, fugaz, y ni siquiera con una perspectiva humanística tangible.

3 Texto tomado de *Aproximaciones a los derechos de la naturaleza y el Buen Vivir desde los Pueblos Originarios en Colombia: Retos frente a los desafíos ambientales del siglo XXI"* publicado en Boletín de Antropología Vol 29 N° 47. Texto base de la ponencia presentada al V Encuentro Regional de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Socio Jurídica, Nodo Sur.

4 Al respecto (Acosta, Buen vivir: sumak kawsay: una oportunidad para imaginar otros mundos, 2012) (Acosta & martínez, Los derechos de la naturaleza: de la filosofía a la política, 2011) (Acosta, Bravo & Shiva,Derechos de la naturaleza, 2012) (Ceballos, Aproximaciones a los derechos de la naturaleza y el buen vivir desde los pueblos originarios en Colombia: Retos frente a los desafíos ambientales del siglo XXI., 2014) (Alimonda, La naturaleza colonizada. Ecología Política y minería en América latina, 2011) (Bonilla, Derechos de la Naturaleza, 2012) (Pérez & Cardoso, Construcción del Buen Vivir o Sumak Kawsay en Ecuador: una alternativa al paradigma de desarrollo, 2014) (Larrea, El Buen Vivir como contrahegemonía en la Constitución, 2011).

Los llamados Pueblos Originarios, masacrados a lo largo de la historia por los procesos coloniales y repúblicanos por igual, hoy se convierten en el refugio de una perspectiva jurídica biocéntrica para Colombia, que enseña, desde el mito y las prácticas consuetudinarias, que la naturaleza es importante más allá de su utilidad para la humanidad, y que es necesario tomar caminos de pensamiento y acción diferentes, que puedan convertirlos en sujetos de derechos con dos objetivos fundamentales: 1) Cambiar la perspectiva civilizatoria extractivista, de crecimiento y consumo desenfrenado por una más natural y 2) Detener el continuo daño ambiental producido por el ser humano y ante el que el derecho antropocéntrico se ha mostrado ineficaz. Este texto explora, desde la reflexión académica y la creación etnoliteraria surgida de un proceso de acompañamiento investigativo solidario con los pueblos originarios de Jenoy y Mocondino, una perspectiva biocéntrica para los derechos de la naturaleza en Colombia.

1. LA PERSPECTIVA BIOCÉNTRICA DEL BUEN VIVIR, VIVIR BIEN [5]

Hoy, ante la profunda crisis ambiental que vive el planeta producto de nuestra forma de habitar el mundo, y que se hizo visible en el siglo 20 con el informe del Club de Roma que evidenció los límites del crecimiento de la sociedad industrial (Meadows, Randers, Beherens III, 1972), se hace urgente y necesario pensar alternativas político-jurídicas para los tiempos que corren, en los que la superpoblación y explotación de recursos naturales han conducido al planeta a una serie de cambios que afectan el equilibrio planetario de forma grave y, quizá, irreversible (Leonard, 2007). Esas alternativas posibles se han visibilizado en los textos constitucionales de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) a través de lo que se conoce como políticas para el Buen Vivir, surgidas tras largos períodos de revoluciones ciudadanas, especialmente de origen indígena y sus cosmovisiones biocéntricas, es decir, mucho más cercanas a considerar a otros seres como sujetos de derechos[6]. El Buen Vivir, como horizonte político y jurídico

5 El concepto del Buen Vivir suele ser conocido como Sumak Kawsay, en kitchwa, o Suma Qamaña, en Aymara, las dos palabras provenientes del mundo andino. Las dos hacen referencia a vivir en armonía, en equilibrio natural, conceptos, quizá, más allá del de justicia, referido a las sociedades humanas y divinas. En Colombia, en el Valle de Sibundoy, los inganos suelen tener una idea semejante relacionada con el carnaval: el estar *samay*, o en armonía con el "aliento" del otro. La otredad y la mismidad. Entre los Quillasingas del valle de Atríz en Pasto no existe este concepto, pero el mismo está presente en su forma de solidarizarse con los suyos, en primer lugar, y con los otros seres naturales, incluidos los espirituales. Por eso en épocas de fiestas, cuentan los mayores, se visitaban entre pueblos para estar *contentos*, para vivir bien. Un año en Mocondino, otro en Catambuco; otro en Jenoy, otro en Pandiaco. Y así hasta ahora, aunque con menos fuerza por los ritmos que les impone el mundo a estos pueblos originarios del Valle de Atríz.

6 Cuentan los inganos de Sibundoy que antes los Mayores sabían hablar de "otras" gentes además de los "cristianos". Gentes Naturales: el hermano Oso, el hermano Tigre, la hermana Luna, el hermano Volcán… Todos, cuentan que contaban los viejos más viejos, miembros del primer Cabildo, que dizque había durado mil años.

apunta a un respeto en todas las dimensiones del ser humano, como individuo y colectividad inmersa dentro de sistemas ecológicos complejos, de los que forma parte integral y a los que debe respeto.

> El Sumak Kawsay es una forma de existencia plena, equilibrada, armónica, modesta que se alcanza colectivamente con base en el cultivo de las relaciones de reciprocidad con todos los seres vivos, el ser humano está siendo en la medida que se relaciona con los otros, con su entorno social y natural. El Sumak Kawsay para los pueblos indígenas es una práctica social y un proyecto de sociedad indígena que está en constante construcción (Pérez-Morón, Laura & cardoso-Ruíz, René, 2014, p. 55)

La declaración política de los preámbulos de las constituciones de Ecuador[7] y Bolivia[8] proponen alternativas político-jurídicas para posibilitar cambios civilizatorios que

7 NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, Decidimos construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana – sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; Y, en ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente […] (Ecuador, 2008) (Subrayado fuera de texto. Mayúscula en el texto original).

8 En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. / El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. / Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del

propendan por resarcir los daños producidos al planeta por las lógicas extractivistas imperantes y el divorcio del ser humano con la naturaleza (Acosta & Martínez, 2011, p. 10), aunque el camino hasta una consolidación de esas políticas es largo y tortuoso, utópico si se quiere, pero al fin y al cabo un horizonte hacia el cual dirigir los pasos lentos pero firmes de la convicción de remediar esta trágica forma de habitar el mundo, signada por el valor de cambio y el egoísmo, hacia una nueva forma de convivencia, en diversidad y armonía con la naturaleza.

2. LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA: ¿PERSPECTIVA BIOCÉNTRICA PARA EL DERECHO COLOMBIANO?

> El más joven de los ex gobernadores le dijo al Consejo de Mayores: Estos son tiempos difíciles que ustedes no tuvieron que enfrentar. Y creo que la gente necesita tiempos difíciles para desarrollar sus músculos y cerebro; sobre todo cuando nos atrofiamos. No veo otra explicación a esta situación desesperada en la que nos encontramos. –Luego de mirar al más anciano del Consejo concluyó–: De las cenizas emergerá otra vez nuestro espíritu[9].

Si bien los derechos de la naturaleza o el buen vivir no son parte del ordenamiento jurídico colombiano positivo ni parece que la discusión sobre su pertinencia tenga cabida aún, existen jurisdicciones especiales al interior del país donde estas perspectivas jurídicas biocéntricas son tangibles desde los espacios del Derecho Mayor, Ley natural y de Origen, que reivindican los Pueblos Originarios contra el derecho positivo del resto del país[10]. Dice el texto constitucional del artículo 246:

país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. / Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia [Subrayados fuera de texto].

9 Texto tomado de *Aproximaciones a los derechos de la naturaleza y el Buen Vivir desde los Pueblos Originarios en Colombia: Retos frente a los desafíos ambientales del siglo XXI"* publicado en Boletín de Antropología Vol 29 N° 47. Texto base de la ponencia presentada al V Encuentro Regional de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Socio Jurídica

10 El Derecho Mayor o Ley de Origen es el derecho que tienen los pueblos originarios de decidir los destinos colectivos e individuales de sus gentes, a partir del hecho de ser *mayores* que los actuales estados nacionales: primeros en el teimpo, primeros en el derecho. La Ley Natural es aquél cúmulo de saberes de los pueblos originarios que los acercan a una vida armónica con el territorio al que pertenecen junto a los demás seres que habitan en él. La Ley natural es la que deriva de la experiencia acumulada de los pueblos sobre su territorio y la forma de mantenerlo armónico.

> Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional[11].

Esa capacidad de ejercer funciones jurisdiccionales según las propias normas y procedimientos, son la puerta de entrada a la perspectiva biocéntrica para el derecho colombiano, pues la mayor parte de los pueblos originarios en sus cosmovisiones, reconocen que el ser humano es sólo un engranaje más del mundo, y que su papel es tan importante como el de otros seres, a los que se les reconoce no sólo la exitencia, sino una serie de derechos como la vida, la fiesta, el agua, entre otros, que deben ser respetados para conseguir armonía. Así lo expresa el pueblo Ika de la Sierra Nevada de Santa Marta:

> Antes de llegar el hermanito menor había bosque hasta la playa, también había mucho indígena en la Sierra y alrededor. Ellos no talaban; para que no hubiera enfermedades y para que el agua se alimentara y los árboles se alimentaran por medio del vapor de las nubes. Los indígenas, los árboles y el agua se respetaban por igual; los árboles respetaban el agua y nosotros a los árboles y el agua a nosotros, todos nos respetábamos por igual. (…). Pero hermanito menor dijo que si no tenía finca no era señor; si no tenía ganado no era señor, era salvaje, y así toda la gente empezó a tumbar el bosque, comprar ganadito y finca. Por eso hoy en día es muy difícil recuperar todo. Ahora nos ataca la enfermedad, el hambre; se acaba la quebrada, se seca el río. (…). Pero el mismo Serankua dijo que el aparato material podría dañar el corazón de todo mundo-universo. Porque la Sierra es corazón. Otras montañas pueden ser codos y rodillas, pero aquí está el

11 Sentencia C-139 de 1996 de la Corte Constitucional de Colombia: El análisis del artículo 246 muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas -que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de "normas y procedimientos"-, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. En la misma estructura del artículo 246, entonces, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad (Subrayado fuera de texto).

> corazón. (…). Si se enferma el corazón todo se enferma; por eso en el pie de la Sierra no se puede talar. ¿Qué piensa el hermanito menor? ¿Tiene o no corazón? ¿Porqué no dejan los bosques para que los nietos también puedan gozar? Todo porque falta la plata. (…). Ahora tenemos mucha plata, pero ¿para qué va a servir? No podemos dejar que el corazón se debilite. La Sierra está avisando para que la cuidemos (Corte Constitucional, Sentencia SU 510 de 1998).

Y los Misak andinos:

> Para el pueblo Misak, la naturaleza es nuestra madre y espíritu de vida, los elementos del mundo y del cosmos son un solo conjunto, la diversidad biótica y abiótica es parte integral de la tierra, que en el tiempo y el en espacio sustentó nuestras vidas, dotándonos de alimentos, sabiduría, dignidad e identidad mediante la constante interrelación recíproca, y por lo tanto son innegociables a cualquier título.
> El pueblo Misak y otros pueblos originarios del mundo hemos desarrollado conocimientos y sabidurías para garantizar nuestra existencia y permanencia en armonía y equilibrio con la naturaleza y sus espíritus, para ser guardianes de ese legado, para que lo perpetuemos hacia las nuevas generaciones, porque es un requerimiento cultural que exigen los ciclos de vida, porque es una misión (deber – derecho) milenario, propia, que se aplica en el territorio, facultado y ordenado por la ley cósmica natural (Cabildo Indígena de Guambía, 2010).

3. DESAFÍOS AMBIENTALES Y PUEBLOS ORIGINARIOS [12]

En los entornos de la ciudad de San Juan de Pasto-dijo el profesor mientras el fuego iluminaba su rostro- vivieron una serie de comunidades originarias "reducidas a la vida civilizada", como se lo propuso la Ley 89 de 1890, que más o menos en 1958 desaparecieron de la vida de los pastusos, convirtiéndose los indígenas en ciudadanos, y sus territorios en corregimientos, administrados desde la ciudad. Los indígenas

12 El texto que se presenta a continuación es, en estricto y riguroso sentido, un ensayo. El método es el propuesto por el subcomandante Marcos en la Historia de los sueños: "La historia que te voy a contar no me la contó nadie. Bueno, me la contó mi abuelo, pero él me advirtió que sólo la entendería cuando la soñara, así que te cuento la historia que soñé y no la que me contó mi abuelo" (Marcos, 2000) (Subrayado fuera de texto). El punto de partida y llegada recoger los conceptos en la vida (Vasco, 2010), aunque sea un pedazo de vida.

dejaron de existir y sus territorios fueron repartidos, parcelados y desaparecidos del mundo comunitario, Anganoy, Mocondino, Pejendino, Males, Gualmatán, Jenoy, Catambuco, La Laguna…

Sí-dijo un hombre viejo desde la oscuridad interrumpiendo el discurso, con la autoridad de los años-. Yo me acuerdo cuando era niño del Cabildo y de cómo mi papá abuelo luchó hasta el final para que no se acabara el Cabildo, pero no lo escucharon sino unos pocos, y como decía él, tres vacas no lo hace a uno ganadero. En ese tiempo cualquier "doctor" convencía a los mayores por culpa de los curas, pero menos a mi abuelo que fue más listo que los leguleyos y curas que nos decían que el Cabildo era inútil, y que era mejor que fueramos dueños, como los señores De La Rosa, que pleitiaron con el Cabildo por unos terrenos cerca de donde Don Crispin Botina, el hijo de Doña Agustina Jenoy.

Mi abuelo me contó que al fin y al cabo, se impusieron los pastusos y nos desbarataron el Cabildo por orden del presidente, pero que él guardó la vara de Justicia, consagrándola al Niño Chiquito para que protegiera la Justicia Mayor hasta el día en que volviera en el momento de mayor necesidad.

Mi abuela me contaba-dijo otro, menos viejo pero quizá físicamente más acabado-que en tiempo de Cabildo las cosas eran bien bonitas, y que las fiestas a la Vírgen de la Visitación eran bien bonitas, y que todos rezaban con devoción para que hubiera prosperidad para todos. Porque en ese tiempo, contaba mi abuela Julia, las personas se preocupaban por los árboles y los animales, no sólo por los perritos como ahora, sino las vacas, los caballos, los pájaros… ¡Qué hasta se conversaba con ellos y se les contaba las penas:

¡Ah, palomita blanca que has de volar,
De mi triste corazón te has de marchar;
Pero triste no voy a estar, porque ese día
Será el del Carnaval!

El profesor retomó la palabra después del suave cantico: esos pueblos –dijo- permanecieron adormecidos durante sesenta años, hasta cuando el volcán Galeras sacudió la tierra y la memoria de los viejos más viejos del territorio.

Sí, señor –dijo un mayor que fumaba piel roja-. Yo me acuerdo que una noche, por allá en el 2005, la policía y el ejército llegaron como ladrones en la noche, a dizque sacarnos de nuestras casas. Que dizque el presidente había dado una orden para desalojarnos y salvarnos la vida. ¿Pueden creerlo? Porque dizque el Volcán estaba declarado zona de desastre. Y nosotros dijimos que no, qué cuál desastre; y ellos que tenían un decreto firmado por Uribe para sacarnos, (4106, me parece) y que los científicos opinaban que si no nos sacaban nos íbamos a morir. Ahí, como dice Don Ulpiano Naspirán, fue que algunos de los mayores nos acordamos del Cabildo como templados por un rayo; recordándonos que antes nos sabíamos mandar solos: que era nuestro derecho natural, dejado desde la época de los Caciques y respetado por los Reyes de España. El profe Dumer y otros amigos solidarios como Jorge, Jaime, Paola, Dario y otros nos ayudaron entonces a reconstruir el Cabildo Antiguo, que según supimos, nunca había dejado de existir, sino que había estado adormecido, esperando el turno protegido por el Niño Chiquito de los Reyes. Don José Yaqueno aquí presente, fue el primer gobernador, porque había tenido guardado la vara de Justicia del último gobernador, Don Darío Criollo.

Yo quisiera aportar-dijo el más joven de los gobernadores-, porque si bien no tengo la experiencia de los que aquí están presentes, he tenido que afrontar situaciones duras con mi pueblo, inclusive ante el ESMAD. En Internet están los vídeos. El profe sabe que a nosotros también nos sacudieron la tierra, pero no el Volcán, sino la industria cuando decidieron pasar la Panamericana por nuestro territorio sin consultarnos. Tembló la tierra, pero también el pensamiento. Nuestras montañas fueron cortadas, y una cicatriz en nuestro territorio nos hizo resurgir para defender lo que queda. Debe ser un castigo por haber entregado nuestro Cabildo y Resguardo sin dar toda la pelea.

Cuando el silencio se hizo evidente, el profesor retomó la palabra. Quisiera comentarles, entonces, que ese resurgimiento de ustedes de las cenizas de la historia es la oportunidad para pensar alternativas de vida ante estos conflictos que se nos presentan, volviendo a caminar el territorio para conocer la Ley Natural, que es sustendo del Derecho Mayor, porque nos enseña a leer el territorio para sanarlo por los daños que le provocamos por nuestra forma de habitar el mundo. Recoger los conceptos en la vida, según la propuesta de Luis Guillermo Vasco, otro amigo solidario.

Antes dizque se armonizaba el territorio con las piedras churas que hay por allí, como la del Niño Rayo en Jenoy, y otras en todo el territorio circundante al volcán y

la Laguna de la Cocha. Hoy tenemos que armonizarla sembrando maticas para que vuelva el agua tan necesaria para personas, animales, plantras y espíritus, como decía el profesor Ortíz Montero.

En Ecuador hablan del sumak kawsay como alternativa de vida ante los conflictos sociales que afrontamos, que son ambientales también porque afectan al territorio planetario; por aquí cerca, en el Valle de Sibundoy, hablan del Carnaval y del estar Samay, o en armonía con el aliento del otro como alternativa de vida. Ellos tiene la ventaja que lo celebran todos los años en Carnaval.

Pero aquí mismo ustedes, desde la solidaridad de sus comuneros y pueblos, que se visitan en fiestas y alimentan las plazas de mercado de Pasto, pueden proponer alternativas de vida desde sus propias aspiraciones, retomando el control de sus destinos. Porque recuerden que los vecinos se visitaban, y cambiaban papas con ocas, compartiendo fiestas y funerales, siendo solidarios, ayudándose en los trabajos comunitarios y familiares por medio de mingas; y eso los hizo fuertes[13].

13 Proyectos: 1) Tradición oral relacionada con el manejo cultural de la violencia en los carnavales de Pasto, Tumaco y Valle de Sibundoy, bajo la tutoría de Alfredo Ortiz Montero 2003-2004. 2) El Derecho y el Carnaval en el manejo cultural de la violencia en la cultura indígena inga del Valle de Sibundoy, trabajo de grado Darío Tupaz C. y Franco Ceballos R. Facultad de Derecho Universidad de Nariño 2006. 3) Tejiendo Alternativas de Vida desde los entornos de la ciudad de Pasto. Jairo Rodríguez, investigador principal IADAP-VIPRI Universidad de Nariño 2007-2008. 4) Tejiendo pensamiento y vida desde el entorno cultural de Jenoy. Dumer Mamián investigador principal IADAP-VIPRI Universidad de Nariño 2009-2010. 5) El juego con agua un juego para la vida, Convenio interadministrativo 020 Universidad de Nariño Empopasto S.A. E.S.P. Coordinador Darío Tupaz. 6) Fuentes materiales para los derechos alternativos en los problemas ambientales y del agua en los territorios de Jenoy, Mocondino y La Laguna, Franco Ceballos investigador principal CONADI-Universidad Cooperativa de Colombia – IADAP Universidad de Nariño, 2011-2013 7) Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Colombia: Aproximaciones a la Constitución Política desde la perspectiva jurídica y política del pueblo originario quillasinga de Mocondino en San Juan de Pasto, financiado por el Comité Nacional para el Desarrollo de la Investigación CONADI de la Universidad Cooperativa de Colombia.

CONCLUSIONES

> Dicen que la primera pareja de humanos, cuando vieron morir el sol al finalizar el día, entregaron su humedad al muerto como un obsequio para el mundo de las sombras. No se sabe qué pasó, pero desde entonces el sol se compadeció de los hombres y volvió al otro día[14].

La perspectiva biocéntrica dentro del ordenamiento jurídico colombiano está presente al interior de la jurisdición epecial indígena, que ven en la naturaleza una relación de pertenencia y no de posesión, reconociendo que los demás seres naturales merecen un mínimo de consideración por parte del ser humano. Esta perspectiva está presente en los caminos del Derecho Mayor, aceptado como fuente de las relaciones de poder al interior de los territorios indígenas. Y dado que los límites constitucionales actuales no riñen en un sentido amplio con la perspectiva biocéntrica, sino que los complementan, se puede decir que nuestro ordenamiento jurídico posibilita los derechos de la naturaleza como perspectiva de acción y defensa ante posibles agresiones a sus territorios por parte de actores extractivistas en busca de petróleo, oro y otros minerales, incluida el agua, para mantener la hegemonía que destruye el mundo. La estrategia es cuestión de resistencia y paciencia.

REFERENCIAS

Acosta, A. (2012). *Buen vivir: sumak kawsay: una oportunidad para imaginar otros mundos.* Ecuador: Abya-Yala.

Acosta, A. (s.f.). *Rebelion.org.* Recuperado de: http://www.rebelion.org: http://www.rebelion.org/docs/117875.pdf

Alberto Acosta & Esperanza Martínez (Compiladores). (2011). *Los derechos de la naturaleza: de la filosofía a la política.* Quito: Abya Yala.

Alberto Acosta, Elizabeth Bravo y Vandana Shiva. (2012). *Derechos de la naturaleza.* Quito: Instituto de estudios Ecologistas del Tercer Mundo.

Cabildo Indígena de Guambía. (2010). *Ley Misak.* Recuperado de: https://alakusreikya.files.wordpress.com: https://alakusreikya.files.wordpress.com/2013/10/manifiesto-guambiano.pdf

Ceballos, F. (2014). Aproximaciones a los derechos de la naturaleza y el buen vivir desde los pueblos originarios en Colombia: Retos frente a los desafíos ambientales del siglo XXI. *Boletín de Antropología*.

Darío Tupaz & Franco ceballos. (2006). El derecho y el carnaval en el manejo cultural de la violencia en la cultura indígena inga del Valle de Sibundoy. *Trabajo de grado para optar por el título de abogados*. Pasto, Colombia: Facultad de derecho Universidad de Nariño.

Donella y Denis Meadows, Jorgen Randers, William Beherens III. (1972). *Los límites del crecimiento (The limits to growth.* Nueva York: Universe Books.

Hector Alimonda (Coordinador). (2011). *La naturaleza colonizada. Ecología Política y minería en América latina.* Buenos Aires: CLACSO.

Larrea, A. (2011). El Buen Vivir como contrahegemonía en la Constitución. *Utopía y Práxis Latinoamericana Año 16. Nº 53*, 59-70.

Leonard, A. (4 de 12 de 2007). *www.storyofstuff.com.* Recuperado de: http://www.terra.org/data/story_of_stuff_guion_anotado.pdf: www.storyofstuff.com

Marcos, S. (2000). *Relatos del Viejo Antonio.* México http://palabra.ezln.org.mx/comunicados/1995/1995_12_25.htm: Centro de Información y Análisis de Chiapas (CIACH) Recuperado de: file:///C:/Users/7/Downloads/relatos_viejo_antonio_sup.pdf.

Nathalia Bonilla (Editora). (2012). *Derechos de la Naturaleza.* Quito: Instituto de estudios ecologistas del tercer mundo.

Pérez-Morón, Laura & Cardoso-Ruíz, René. (2014). Construcción del Buen Vivir o Sumak Kawsay en Ecuador: una alternativa al paradigma de desarrollo. *Contribuciones desde Coatepec, núm. 26, enero-junio.*, 49-66.

SU 510 de 1998, SU 510 de 1998 (Corte Constitucional de Colombia 1998).

Vasco, L. G. (Septiembre de 2010). *Recoger los conceptos en la vida: una metodología de investigación solidaria.* Recuperado de Luis Guillermo Vasco Uribe: http://luguiva.net

14 Texto tomado de *Aproximaciones a los derechos de la naturaleza y el Buen Vivir desde los Pueblos Originarios en Colombia: Retos frente a los desafíos ambientales del siglo XXI* publicado en Boletín de Antropología Vol 29 N° 47. Texto base de la ponencia presentada al V Encuentro Regional de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Socio Jurídica.

EDITORIAL
Institución Universitaria CESMAG

Universidad Cooperativa
de Colombia

TANTVM POSSVMVS QVANTVM SCIMVS
UNIVERSIDAD DE NARIÑO

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA
DIOS
CIENCIA Y SERVICIO
CESMAG