

Temas Socio-Jurídicos

Vol. 40 N°79 Julio - Diciembre de 2020 / 141p.

N°79



ISSN 0120-8578

ISSN electrónico: 2590-8901

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Autónoma de Bucaramanga
Bucaramanga, Colombia



Universidad Autónoma de Bucaramanga

de puertas abiertas

VIGILADA MINEDUCACIÓN

Temas Socio-Jurídicos

Vol. 40 N° 79 Julio - Diciembre de 2020

ISSN 0120-8578

ISSN electrónico: 2590-8901

**FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA



unab

Universidad Autónoma de Bucaramanga

de puertas abiertas

VIGILADA MINEDUCACIÓN

Revista Temas Socio Jurídicos

Publicación Semestral de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad
Autónoma de Bucaramanga

ISSN 0120-8578

ISSN electrónico: 2590-8901

JUAN CAMILO MONTOYA BOZZI

Rector

EULALIA GARCÍA BELTRÁN

Vicerrectora Académica

JAVIER RICARDO VÁSQUEZ HERRERA

Vicerrector Administrativo

LILIA AIDEÉ VELASCO ABRIL

Decana Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

CÉSAR DARÍO GUERRERO SANTANDER

Director General de Investigaciones

LILIA AIDEÉ VELASCO ABRIL

Directora

MAURICIO ENRIQUE RODRÍGUEZ DELGADO

MARIO GUEVARA MENDOZA

Editores

COMITÉ EDITORIAL

Antonio Bohórquez Orduz

Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá,
Colombia. Profesor Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia.

Gregorio Mesa Cuadros

Doctor en Derecho del Programa de Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III
de Madrid, España. Profesor Universidad Nacional de Colombia

Joaquín González Ibáñez

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España.
Profesor Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, España.

José Escribano Úbeda- Portugués

Doctor en Estudios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid, España.
Doctor en Estudios Europeos por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset
de Madrid, España.
Profesor Universidad Carlos III de Madrid, España.

Nhoris Torregrosa Jiménez

Doctora en Derecho por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.
Profesora Universidad Libre, Seccional Bogotá, Colombia.

Roberto Carlos Vidal López

Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
Profesor Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

COMITÉ CIENTÍFICO

Beatriz Londoño Toro

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España.
Profesora Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

David Sánchez Rubio

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España.
Profesor Universidad de Sevilla, España.

Javier Orlando Aguirre Román

Ph.D. of Philosophy State University of New York - Stony Brook, U.S. Profesor Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

María del Pilar Zambrano

Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra, España Profesora de la Universidad Austral, Argentina.

Ricardo David Rabinovich-Berkman

Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Profesor Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Rocío Zafra Espinoza de los Monteros

Doctora en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, España.
Profesora Universidad Carlos III de Madrid, España.

ASISTENTE EDITORIAL

ANDREA CAROLINA RIVERA SUS

Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma de Bucaramanga,
Colombia.

Asistente académica del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia

ÁRBITROS

Harold Echeverry Díaz

Magíster en Gestión del Riesgo y Desarrollo de la Escuela de Ingenieros Militares. Especialista en Legislación Empresarial de la Universidad de Los Andes y en Derecho de las Comunicaciones de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Agustín Echeverry Quintana

Magíster en Derecho (LL.M.) con un Certificado en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Georgetown. Abogado y Especialista en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana, con Mención de Honor para mi tesis de grado como Abogado.

Juan Camilo Casas Duarte

Abogado especialista en Derecho Penal – Universidad Sergio Arboleda, maestrando en Derecho – Universidad de los Andes.

Mario Guevara Mendoza

Estudios avanzados de Doctorado – Universidad Alcalá de Henares

Jorge Eduardo Lamo Gómez

Abogado, Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Empresarial, UNAB; Especialista en Relaciones Laborales, UNAB.

CORRESPONDENCIA

Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB
Calle 42 No. 48 – 11 Conmutador (7) (57) 6436111-(7) (57) 6436261
Apartado Aéreo 1642 – Bucaramanga – Colombia
temassj@unab.edu.co

CANJE

Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB – Biblioteca – Canje Bibliográfico

Avenida 42 No. 48 – 11 | PBX (7) (57) 643 6111 /643 6261
Bucaramanga – Colombia

La Revista Temas Socio-Jurídicos es una publicación Semestral de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB.

Portada:

Autor: Rosita Durán de Mantilla

Diseño y Producción:

Publicaciones UNAB

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio sin autorización escrita del autor.

Reservados todos los derechos.

Las opiniones de las y los autores expresadas en esta revista no comprometen de manera alguna la posición de esta publicación. Dichas opiniones son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Distribución gratuita para los estudiantes de la Facultad de la Facultad de Ciencias Jurídica y Políticas de la UNAB.

Contenido

EDITORIAL	10
ABORTO Y VOLUNTAD: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y LEGAL DEL PROCEDIMIENTO MÉDICO DE INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO Y SU RELACIÓN CON LA CAPACIDAD VOLITIVA DE LA MUJER GESTANTE.	
Héctor Fabian Pérez	11
LA INCIDENCIA DESDE LA PRINCIPALISTICA DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL	
Ruth Adriana Ruíz Alarcón e Iván Santos Ballesteros	44
EL PRECEDENTE JUDICIAL COMO EVIDENCIA DE LA GLOBALIZACIÓN Y SU IMPLEMENTACIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA COLOMBIANA	
Sindy Milena Cuervo.....	69
METODOLOGÍA DE IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN PENAL A ADOLESCENTES EN EL CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA DE LA LEY 1098 DE 2006	
Rodolfo Mantilla Jácome, Carolina Bayona Rangel y Carlos Mario Frías Rubio	91
CRISIS DEL TRABAJO, INNOVACIÓN TECNOLÓGICA Y CAMBIOS EN EL EMPLEO: UN FUTURO DEL TRABAJO MÁS INCIERTO	
Eduardo López Ahumada	110
PORTADA: RESEÑA DEL ARTISTA ROSITA DURÁN DE MANTILLA Y DE SU OBRA	139

Contents

EDITORIAL	10
ABORTION AND VOLITION JURISPRUDENTIAL AND LEGAL ANALYSIS OF THE MEDICAL PROCEDURE FOR THE TERMINATION OF PREGNANCY AND ITS RELATION WITH THE VOLITIONAL CAPACITY OF PREGNANT WOMEN.	
Héctor Fabian Pérez	11
THE INCIDENCE OF THE GENERAL CODE OF THE PROCESS IN THE CODE OF LABOR PROCEDURE AND SOCIAL SECURITY, FROM THE LEGAL PRINCIPLES POINT OF VIEW	
Ruth Adriana Ruíz Alarcón e Iván Santos Ballesteros	44
JUDICIAL PRECEDENT AS EVIDENCE OF GLOBALIZATION AND ITS IMPLEMENTATION IN HUMAN RIGHTS IN THE COLOMBIAN CONTENTIOUS-ADMINISTRATIVE JURISDICTION	
Sindy Milena Cuervo.....	69
METHODOLOGY FOR IMPOSING CRIMINAL PENALTIES ON ADOLESCENTS AS PER THE CODE OF INFANTS AND ADOLESCENTS OF LAW 1098 OF 2006	
Rodolfo Mantilla Jácome, Carolina Bayona Rangel y Carlos Mario Frías Rubio	91
WORK CRISIS, TECHNOLOGICAL INNOVATION AND CHANGES IN EMPLOYMENT: A MORE UNCERTAIN FUTURE OF WORK	
Eduardo López Ahumada	110
FRONT COVER: REVIEW OF EFRAÍN SALDAÑA AND HER WORK.....	139

Editorial

Es para la edición de esta revista un motivo de alegría presentar a la comunidad académica este nuevo número, en vísperas del aniversario número 50 años de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas lo cual exaltamos desde este número de la revista con deseos de conmemorar el trabajo incansable de nuestro cuerpo docente y los Decanos que han sido parte de la construcción y consolidación de la calidad y valor humano que representa la facultad para nosotros, resaltando siempre a nuestra Decana, la Dra. Lilia Aideé Velasco Abril quien ha seguido cosechando, consolidando y construyendo la facultad de Ciencias Jurídicas y políticas articulándola con los nuevos paradigmas de la educación y que el momento actual nos exige como abogados en donde las tecnologías de la información ya son parte integral del desarrollo judicial, a lo cual no somos ajenos y se ha hecho parte, de manera gradual, al desarrollo del programa de Derecho. Esto con miras a seguir evolucionando y ser cada vez más competentes, así como de surtir con las herramientas necesarias a nuestros estudiantes con miras a la formación de profesionales no solo con las competencias jurídicas sino también con competencias en tecnología, emprendimiento y solución creativa de problemas lo cual amplía el espectro del ejercicio profesional.

Procedemos entonces a reseñar los artículos: “Aborto y voluntad: análisis jurisprudencial y legal del procedimiento médico de interrupción del embarazo y su relación con la capacidad volitiva de la mujer gestante” del autor Héctor Fabian Pérez; “La incidencia desde la principalística del código general del proceso en el código de procedimiento laboral y de la seguridad social de los autores” Ruth Adriana Ruíz Alarcón e Iván Santos Ballesteros; “El precedente judicial como evidencia de la globalización y su implementación en la jurisdicción contencioso administrativa colombiana” de la autora Sindy Milena Cuervo; “Metodología de imposición de la sanción penal a adolescentes en el código de infancia y adolescencia de la ley 1098 de 2006” de los autores Rodolfo Mantilla Jácome, Carolina Bayona Rangel y Carlos Mario Frías Rubio y “Crisis del trabajo, innovación tecnológica y cambios en el empleo: un futuro del trabajo más incierto” del autor Eduardo López Ahumada.

ABORTO Y VOLUNTAD: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y LEGAL DEL PROCEDIMIENTO MÉDICO DE INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO Y SU RELACIÓN CON LA CAPACIDAD VOLITIVA DE LA MUJER GESTANTE¹

Héctor Fabián Pérez Boada

Recibido: Noviembre 5 del 2019

Aprobado: Enero 26 del 2020

RESUMEN

A partir de la sentencia C-355 de 2006, expedida por la Sala Plena de la Corte Constitucional Colombiana, se configuró la excepcionalidad del delito del aborto, estipulado en el artículo 122 del Código Penal colombiano (ley 599, 2000) permitiendo la realización, en las mujeres en estado de gestación, del procedimiento denominado interrupción voluntaria del embarazo IVE, que se encuentra condicionado a partir de la autonomía de la voluntad de la mujer. Lo anterior conlleva obligatoriamente a establecer una relación directa entre el procedimiento médico y la acción volitiva de la gestante. A partir de la anterior interacción se analizará, desde la esfera legal y jurisprudencial, si el ejercicio de la voluntad femenina tiene alcance jurídico frente a la afectación mental por el proceso de la gestación, no sólo en los tres casos despenalizados por la corte sino en la generalidad. Esto, teniendo en cuenta los parámetros propios del derecho civil y las normas legales en relación con las discapacidades de índole mental. Se espera concluir si en Colombia nos encontramos frente a un vacío jurídico o no.

Palabras clave: Aborto, voluntad, penalidad, interrupción del embarazo.

1 Colombiano. Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga y Magíster en Filosofía de la Universidad Industrial de Santander. Inspector del Ministerio del Trabajo de Colombia. Correo electrónico: hectorfabianp@gmail.com. Artículo de investigación científica. <https://orcid.org/0000-0001-8943-9930>.

ABORTION AND VOLITION JURISPRUDENTIAL AND LEGAL ANALYSIS OF THE MEDICAL PROCEDURE FOR THE TERMINATION OF PREGNANCY AND ITS RELATION WITH THE VOLITIONAL CAPACITY OF PREGNANT WOMEN

ABSTRACT

Based on sentence C-355 of 2006, issued by the Plenary Court of the Colombian Constitutional Court, the exception to the crime of abortion was established, stipulated in article 122 of the Colombian Penal Code (Law 599, 2000), allowing pregnant women to carry out the procedure called voluntary termination of pregnancy (VTP), which is conditioned upon the autonomy of women's volitions. The above imperatively leads to establishing a direct relationship between the medical procedure and volitional action of pregnant women. Due to the above interaction, whether or not exercising female volition has a legal scope regarding the mental effect from pregnancy will be analyzed from a legal and jurisprudential perspective, not only in the three cases decriminalized by the court, but in general. This is taking into account the parameters inherent to civil law and the legal regulations related to mental disabilities. It is expected to conclude whether or not Colombia has a legal gap.

Keywords: abortion, volition, penalty, termination of pregnancy.

INTRODUCCIÓN

El aborto es uno de los temas más álgidos y que han generado discrepancias entre la sociedad colombiana, hay voces a favor del procedimiento y otras contrarias a éste. Este litigio social se fundamenta, principalmente, en posturas ideológicas, políticas y religiosas. Sin embargo, la confrontación se hizo visible cuando la Sala Plena de la Corte Constitucional Colombiana se pronunció sobre el tema, en la sentencia C-355 de 2006, abrió la puerta para que las mujeres gestantes pudieran realizarse el procedimiento quirúrgico denominado Interrupción Voluntaria del Embarazo – IVE. Antes de esta sentencia la Corte Constitucional tenía una posición totalmente diferente en donde se protegía el derecho a la vida del nasciturus por encima de la protección de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como puede visualizarse en la sentencia C-133 de 1994 de la Sala Plena de la Corte Constitucional Colombiana. Pero luego, la misma corte cambió su postura y valoró como ciertos los argumentos legales dados por Mónica Roa en su demanda de inconstitucionalidad, donde arguyó que el nasciturus jurídicamente no se puede catalogar como persona y, por tanto, no es sujeto de derechos. Este argumento se sustenta en el

artículo 90 de la ley 57 de 1887 (Código Civil Colombiano) que establece la existencia legal de la persona a partir de su nacimiento. Esta situación jurídica dirimió el conflicto de valoración de derechos.

Dicha posición legal permitió que la Corte Constitucional Colombiana protegiera los derechos de la autonomía y de la voluntad reproductiva de la mujer gestante, admitiendo el acceso a servicios médicos para el procedimiento quirúrgico de interrupción de la gestación. Desde el año 2006 podemos decir que el aborto dejó de ser un delito en sentido estricto y se convirtió en un derecho. Esto, siempre y cuando se materialicen unos requisitos, lo que da a entender que el derecho al aborto no es pleno sino condicionado.

El propósito del presente artículo es realizar un análisis de aquellos elementos que se deben presentar para que la mujer gestante pueda realizarse el procedimiento médico de IVE. Los presupuestos se revisarán, especialmente, desde las apreciaciones jurídicas y legales dadas por la Corte Constitucional Colombiana, para luego profundizar en el concepto de autonomía de la voluntad y verificar, desde allí, si efectivamente la mujer gestante goza de plena autonomía de la voluntad o la misma se ve reducida en relación con las situaciones fácticas que se deben presentar para acceder a dicho procedimiento quirúrgico. Es del concepto de la voluntad de donde parten los derechos reclamados por la mujer y desde donde deben nacer las posibilidades de su acertada satisfacción. Dicho concepto se estudiará a partir de la configuración de aquello que llamamos vicios del consentimiento que, aunque es un concepto que hace parte de la esfera legal del derecho privado y comercial, servirá de base para el estudio del presente artículo académico para revisar así sobre permisibilidad jurídica del procedimiento IVE. Por último, se revisarán los postulados legales en relación con las discapacidades de índole mental y su posible relación con la voluntad de las embarazadas.

Antecedentes históricos y jurídicos del aborto en Colombia

Colombia, desde el nacimiento del Estado como nación libre y autónoma, ha expedido diferentes códigos penales. En dichas reglamentaciones el país siempre fijó una postura única en relación con la protección de la vida del nasciturus (el feto que está por nacer) y por ello, desde sus inicios, tipificó como delito el acto del aborto, tanto para la mujer gestante como para todas aquellas personas que colaboran, directa e indirectamente, en la ejecución del procedimiento quirúrgico.

La primera de estas es la ley 19 del 19 de octubre de 1890, allí en el libro III, título I, capítulo IV, en el numeral 638, se fijó el delito del aborto de la siguiente manera:

638.- El que, empleando voluntariamente y a sabiendas, alimentos, bebidas, golpes o cualquier otro medio, procura que aborte alguna mujer embarazada, sin saberlo ni consentirlo ella, sufrirá la pena de tres a seis años de presidio – Si lo hiciere, con consentimiento de la mujer, será el presidio de uno a tres años.

639.- Si resultare efectivamente el aborto, sufrirá el reo de cinco a diez años de presidio en el primer caso, y de cuatro a ocho años de presidio en el segundo.

640.- Sí el que administra, facilita o proporciona, a sabiendas, los medios para el aborto, fuere el que ejerce la medicina o cirugía, o boticario, comadrón o partera, sufrirá respectivamente las penas señaladas en los artículos anteriores, con un aumento de seis meses a un año – No se incurrirá en pena alguna cuando se procure o efectúe el aborto como un medio absolutamente necesario para salvar la vida de una mujer, aun cuando en conformidad con los sanos principios de la ciencia médica, sea indispensable el parto prematuro artificial – No por eso debe creerse que la ley aconseja el empleo de esos medios, que generalmente son condenados por la Iglesia. Únicamente se limita a eximir de pena al que con rectitud y pureza de intenciones se cree autorizado para ocurrir a dichos medios.

641.- La mujer embarazada que para abortar emplee a sabiendas, o consienta en que otro emplee alguno de los medios expresado en el artículo 638, sufrirá la pena de uno a tres años de reclusión, si resulta el aborto, y de seis meses a un año, si no resulta.

642.- Pero si fuere mujer honrada y de buena fama anterior y resultare, a juicio de los jueces, que el único móvil de la acción fue el de encubrir su fragilidad, se le impondrá solamente la pena de tres a seis meses de prisión, si el aborto no se verifica y de cinco a diez meses, si se verifica.
(Ley 19, 1890)

En 1890, la legislación colombiana, específicamente el Código Penal de la ley 19, estipuló el aborto como un delito, el cuál debe cumplir ciertos elementos para ser tipificado como tal. En primer lugar la existencia de una mujer gestante y, en un segundo momento, que exista el ejercicio de la voluntad o consentimiento para la realización de actos que ocasionen o busquen generar el aborto del nasciturus; impulso volitivo que debe estar reconocido, no sólo en la mujer gestante cuando se realiza con su pleno consentimiento sino también por quién genera el aborto, ya sea a través de procedimientos médicos o mediante actos violentos como golpes o suministro de elementos que propicien el aborto al feto.

Igualmente se debe apreciar cómo en el numeral 642 de la ley 19 de 1890, se reduce la pena “cuando el móvil de la acción fue el de encubrir su fragilidad” (Ley 19, 1890). Tal postulado legal demuestra que, aunque la

acción de abortar y la acción volitiva son los requisitos necesarios para la tipificación del delito, en relación con la voluntad, esta puede resultar afectada y por tanto la decisión de la mujer gestante no es libre sino coaccionada por una situación personal. En este caso la situación es la búsqueda de una actora que probablemente provenga de buena familia con buena fama de encubrir un embarazo, posiblemente no deseado. Esta situación podría afectar dicho reconocimiento social y, por tanto, la voluntad de la mujer resultaría diezmada, es decir que perdería su plena libertad de decidir y lo haría influenciada por la situación a encubrir.

Así mismo, en relación con el tema de la voluntad, el Código Penal de 1890 no sólo exonera a la mujer gestante sino también al médico tratante:

Para saber hasta donde alcanza la facultad de un médico para producir el aborto, es necesario resolver muchas cuestiones médicas de grande importancia; pero que todas deben estar basadas sobre las probabilidades de vida para la mujer por el estado de su constitución y la naturaleza del accidente que quiere remediarse; y por la viabilidad del feto...no hay duda que es la mujer la única que tiene derecho a la vida y a quien debe tratar de salvarse, produciendo el aborto...pero cuando el feto es viable y sobre todo cuando ya está cerca el término de la preñez, si el médico se encuentra al frente de uno de esos casos en que no hay otro medio que sacrificar al feto para poderlo extraer o practicar la operación Cesárea que equivale casi tanto como sacrificará la mujer: sólo podrá decidirse la cuestión, decidiendo cuál de los dos es el que tiene más probabilidades de vivir (Barreto, 1890, pág. 56)².

Cuando el médico que ejecuta el procedimiento quirúrgico abortivo lo realiza con una voluntad recta y pura en sus intenciones, demuestra nuevamente que dicha autonomía se ve afectada, esta vez de manera positiva. Esto porque la intencionalidad del profesional médico no es la de ocasionar el aborto sino que su fin principal es la de salvaguardar la vida de la mujer gestante, quien se encuentra en peligro a partir del embarazo. Lo curioso de este caso es que el Código Penal colombiano hace referencia a eximentes de responsabilidad al médico pero no se dice nada en relación con la mujer gestante, ni siquiera en los casos de que el embarazo ponga en peligro la vida de la embarazada.

Posterior al Código Penal de 1890, se promulga un nuevo Código Penal en el año 1936, mediante la ley 95. En éste igualmente se tipificó el delito del aborto de la siguiente manera:

Artículo 387. La mujer que en cualquier forma causare su aborto o permitiere que otra persona se lo cause, incurre en la prisión de uno a cuatro años.

² file:///C:/Users/hperez/Downloads/2207-Texto%20del%20art%C3%ADculo-8115-1-10-20171030.pdf

En la misma sanción incurre el que procure el aborto con el consentimiento de la mujer embarazada.

Artículo 388. El que causare el aborto de una mujer sin su consentimiento, incurre en la prisión de uno a seis años.

Si el aborto, por los medios empleados para causarlo, ocasiona la muerte de la mujer, se aplica lo dispuesto en el artículo 368.

Artículo 389. Cuando el responsable de alguno de los delitos previstos en los dos artículos anteriores sea un médico, cirujano, farmaceuta o partera, la pena se aumentará hasta en la tercera parte, y se impondrá además la suspensión de la respectiva profesión por dos meses a seis años.

Artículo 390. Cuando el aborto se haya causado para salvar el honor propio o de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción puede disminuirse de la mitad a las dos terceras partes, o concederse el perdón judicial (Código Penal, 1936).

El Código Penal de 1936 mantiene los mismos elementos tipificados en el Código Penal de 1890 en el cual, nuevamente, los elementos del procedimiento médico y el consentimiento son los presupuestos para fijar la pena de quienes sean declarados culpables en la ejecución delictiva. Así mismo se aprecia que se mantuvo la reducción de la pena para la mujer que, con su consentimiento, permita el desarrollo del procedimiento quirúrgico buscando salvaguardar su honor o el de algún familiar cercano. La única modificación está dirigida al profesional médico que adelanta el aborto para salvaguardar la vida de la mujer gestante pues ya no cuenta con ningún tipo de atenuación en la graduación de la pena. En conclusión, el llamado aborto terapéutico desaparece en la regulación penal, sin embargo, esto no quiere decir que se despenalice sino todo lo contrario, perdió la reducción en la pena que se identificaba en el código de 1890³.

Este Código Penal colombiano tuvo vigencia hasta el año de 1980 cuando el Congreso de la República promulgó la ley 100 del 23 de enero en la cual, gracias a los cambios propios de una sociedad en algunos tipos de delito perdieron vigencia —como es el caso del duelo—, era pertinente realizar las debidas modificaciones a la norma. En este nuevo Codex se estipuló el delito del aborto de la siguiente manera:

3 El Código Penal de 1936 que es el que más ha regido entre nosotros introduce, en rasgos generales, lo que es la moderna tipificación de este delito cuando criminaliza el delito de aborto consentido (Art. 386, Código Penal, 1936) cuando la mujer causa su aborto o permite que otro lo cause con pena de 1 a 4 años de prisión y el aborto no consentido (Art. 387, Código Penal, 1936) con pena de 1 a 6 años, estableciendo una disminución punitiva para el denominado aborto honoris causa (Art. 389, Código Penal, 1936). Desde este Código Penal y en adelante, desaparece una regulación específica sobre el denominado aborto terapéutico- el que se causa para salvar la vida de la mujer- en el entendido que se trata de un evento de estado de necesidad, mismo que excluye la ilicitud del comportamiento (...) (Bernate Ochoa, 2016).

ARTICULO 343. ABORTO. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior.

ARTICULO 344. ABORTO SIN CONSENTIMIENTO. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de tres a diez años.

ARTICULO 345. CIRCUNSTANCIAS ESPECIFICAS. La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año.

En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias.

Podemos decir que desde el Código Penal de 1980 en adelante sólo se conocerán dos tipologías de conducta punible, el consentido y el que no lo es; saliendo de la órbita de éste el denominado terapéutico, como también aquel atenuante que hace referencia al honor y a la fama pública⁴.

El último Código Penal promulgado por el Congreso de la República de Colombia es la ley 599 de 2000, el cuál fijó el siguiente articulado en relación con la conducta punible del aborto:

Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

Artículo 123. Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

Artículo 124. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario

4 “El Código Penal de 1980 mantiene la clasificación entre aborto consentido (Art. 343, Código Penal, 1980) con pena de 1 a 3 años de prisión, y aborto no consentido (Art. 344, Código Penal, 1980) con pena de prisión de 3 a 10 años. Elimina el denominado aborto honoris causa e introduce una atenuante punitiva para el aborto causado cuando el embarazo sea producto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida (Art. 345, Código Penal, 1980)” (Bernate Ochoa, 2016).

judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

La conducta punible tipificada como aborto se presenta en dos circunstancias: en primer lugar cuando se ejecute el acto médico bajo el consentimiento de la gestante y en segundo lugar cuando el procedimiento quirúrgico se desarrolle sin el consentimiento de la madre. Por último, fijó las situaciones que permiten atenuar la graduación de la pena por considerar que afectan el consentimiento propio de la mujer gestante⁵.

Es desde el tema de la voluntad que se fijan las excepciones de la pena que se estipularon a partir de la sentencia de la Corte Constitucional que despenaliza el aborto en Colombia y que será el tema para tratar en el siguiente capítulo.

La despenalización del aborto a partir de la sentencia c-355 de 2006

La Corte Constitucional en Colombia es una de las instituciones de la rama judicial del poder público que tiene la función de guardar y proteger la Constitución Política de Colombia, expedida en 1991, frente a los actos jurídicos y de hecho que atenten sobre ella. Es quien estudia en última instancia las acciones de tutela como también toda acción de inconstitucionalidad, es decir el estudio de las normas, leyes y actos administrativos que puedan atentar contra la esencia de derechos y preceptos contenidos en la carta magna.

En el año 2005 la abogada Mónica Roa presentó una demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 32, 122, 123 y 124 de la ley 599 de 200 (Código Penal Colombiano), en la cual la demandante afirma que se violan el derecho a la dignidad, la autonomía reproductiva y el libre desarrollo de la personalidad (Corte Constitucional, C-355 de 2006). La demanda fue acompañada también por los ciudadanos Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana.

5 "Por último, el actualmente vigente Código Penal de 2000, mantiene la clasificación entre aborto consentido (Art. 122, Código Penal, 2000) con pena de prisión de 16 a 54 meses de prisión y no consentido (Art. 123, Código Penal, 2000) con pena de prisión de 64 a 180 meses de prisión. Mantiene, al igual que su antecesor, una disminución de pena (art. 124, Código Penal, 2000) en el evento en que el embarazo sea producto de acceso carnal violento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Pero el gran avance en esta materia, lo encontramos en la posibilidad no imponer la pena señalada, en los casos en los que el embarazo sea producto de acceso carnal violento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas siempre y cuando la mujer obre en extraordinarias condiciones de motivación (Art. 124, Código Penal, 2000). En este último supuesto, se reitera que la mujer que causa su aborto en estas condiciones ha cometido un delito, pero el funcionario judicial podrá prescindir de la pena, es decir, nuestro código actual no entiende que en este evento haya una causal que excluye la responsabilidad" (Bernate Ochoa, 2016).

Los fundamentos de la demanda radican, preferencialmente, sobre la capacidad volitiva de la mujer y los derechos que tiene la fémina sobre su cuerpo:

La primera de las tensiones que plantea el precepto acusado, se da entre la autonomía de la mujer sobre su proyecto de vida, sobre su cuerpo; expresión de valores jurídicos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia y el derecho a la honra, en algunos de los cuales se hallan implícitos otros derechos de orden jerárquico inferior como el de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, de una parte, y de otra, la protección estatal al embrión como potencialidad de una personalidad; potencialidad que no se realiza cuando ocurre la interrupción, voluntaria o no, del embarazo.

La conducta punible del aborto se fundamenta, por un lado, en el acto propio del procedimiento médico de la interrupción del embarazo y por el otro en el tema de la voluntad. Es a partir de la acción consentida de donde nace el litigio entre la permisibilidad del proceso quirúrgico y el derecho a la vida del nasciturus.

Ahora, ¿cómo resolvió dicho conflicto jurídico? la Corte Constitucional Colombiana procedió a reconocer, en primer lugar, los derechos de dignidad humana y la autonomía sobre su cuerpo a la mujer, como también la existencia de vida en el nasciturus:

La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto **el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos.** En este supuesto cabría incluir también el embarazo resultado del incesto, porque se trata también de un embarazo resultado de una conducta punible, que muchas veces compromete el consentimiento y la voluntad de la mujer. En efecto, aun cuando no implique violencia física, el incesto generalmente compromete gravemente la autonomía de la mujer y es un comportamiento que por desestabilizar la institución familiar resulta atentatorio no sólo de esta (bien indiscutible para el Constituyente), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad, según así lo ha considerado esta Corporación. Por estas razones, penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer.

El caso del peligro para la vida de la mujer presenta el problema de ponderar el valor de la vida del que está por nacer y el derecho a la vida de la mujer madre como se ha señalado en esta providencia. Los grados de protección de la vida en uno y otro caso son diferentes, otorgándole el ordenamiento jurídico mayor sanción a la vulneración de la vida de la

persona humana mujer que a la vida del que está por nacer. Correspon-
diendo entonces hay que afirmar que, en aras de su no vulneración, existe
mayor protección a la vida de la mujer que a la vida del que está por
nacer. Así las cosas, en aquellos eventos en los cuales la vida del que está
por nacer constituya peligro para la vida de la mujer, la protección del
primero cede a favor de la protección de los derechos de la segunda. Por
consiguiente, la interrupción de la vida del que está por nacer no puede
constituir un delito o hecho reprochable por el ordenamiento jurídico
legal por cuanto se busca proteger una necesidad constitucional de orden
mayor como es el derecho a la vida de la mujer.

La tensión fue resuelta gracias al Código Civil Colombiano del año
1887, donde se definió a la persona como aquella que nació y se separó
completamente de la mujer⁶. Tal precepto legal permitió identificar que
el nasciturus, aunque tiene vida, no es sujeto de derechos, es decir, no
pueden prescribírselle las prerrogativas fijadas en la Constitución Política
de Colombia, por lo que, al valorar o resolver el litigio, ponderó los
derechos de la autonomía y la voluntad de la mujer gestante, en relación
con su cuerpo, sobre el nasciturus que no es sujeto de derechos.

Por lo tanto, al no prescribírselle derechos al nasciturus dejó de existir
conflicto de prerrogativas, definiendo la tensión en favor de los derechos
ya reconocidos por la legislación colombiana y el derecho internacional:

La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de confi-
guración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger
bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. En tal medi-
da, el legislador al adoptar normas de carácter penal no puede descono-
cer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe
tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple
instrumento de reproducción de la especie humana, o de **imponerle en
ciertos casos, contra su voluntad**, servir de herramienta efectivamente
útil para procrear.

(...)

La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero
receptáculo, y por tanto el **consentimiento para asumir cualquier
compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante
un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo
ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los
sentidos**. En este supuesto cabría incluir también el embarazo resultado
del incesto, porque se trata también de un embarazo resultado de una

6 “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre... La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”. (Ley 57, 1887).

conducta punible, que muchas veces compromete el consentimiento y la voluntad de la mujer. En efecto, aun cuando no implique violencia física, el incesto generalmente compromete gravemente la autonomía de la mujer y es un comportamiento que por desestabilizar la institución familiar resulta atentatorio no sólo de esta (bien indiscutible para el Constituyente), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad, según así lo ha considerado esta Corporación. Por estas razones, penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer.

(...)

en cuanto al libre desarrollo es claro que parte de este se constituye en la libre decisión de la madre de dar o no a luz a un hijo, dada la injerencia que en su vida dicha decisión puede tener.

Por consiguiente, a partir de la sentencia C-355 de 2006 hablamos de que la excepcionalidad de la penalización del aborto depende exclusivamente del factor volitivo de la mujer gestante y condicionado en tres situaciones fácticas:

Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-355 de 2006, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto (Ley 599, 2000).

Luego de la sentencia C-355 de 2006, vinieron otras decisiones de la Corte Constitucional que reforzaron aun más los argumentos a favor de la despenalización del aborto, fundados desde el derecho de la autonomía de la mujer para decidir sobre su cuerpo, es decir condicionada a la voluntad femenina:

- Sentencia T-388/2009: “En efecto, también a este respecto podrían trazarse distinciones. Como lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, una situación es, por ejemplo, la que deben afrontar los médicos que por motivos de conciencia se oponen a la práctica de

interrupción voluntaria del embarazo al considerar que esta acción riñe de manera profunda con sus convicciones morales. En esta contingencia, cuando resulta factible asegurar que otra persona profesional de la medicina puede practicar la interrupción voluntaria del embarazo y ello ocurrirá de modo que se preserven de manera efectiva los derechos de la mujer gestante colocada bajo los supuestos previstos en la referida sentencia, entonces no habría ningún reproche frente al ejercicio de la objeción de conciencia... Cosa distinta se presenta cuando el Estado o las Entidades Promotoras de Salud no aseguran la presencia del número de profesionales de la medicina suficientes para garantizar los derechos que le reconoció la sentencia C-355 de 2006 a las mujeres. En esta hipótesis la restricción a la libertad de conciencia del médico es totalmente legítima —en tanto proporcional y razonable—, pues conlleva la protección [entre otros] del derecho a la vida y la salud de la mujer embarazada; en otras palabras, ante esta eventualidad las consecuencias de la no prestación del servicio de interrupción del embarazo trae consigo perjuicios directos e irreversibles para la mujer gestante e infringe sus derechos constitucionales fundamentales, razón por la cual no puede admitirse su ejercicio cuando las consecuencias negativas sean tan elevadas en materia de derechos fundamentales”.

- Sentencia C-341/2017: “El exhorto que hace la Corte Constitucional T-532 de 2014 al Congreso de la República para definir el problema jurídico que se ha puesto de presente en esta demanda no es suficiente, por eso resulta procedente y necesario que se declare inconstitucional por omisión legislativa relativa del artículo 122 de la Ley 599 de 2000 adicionado por la sentencia C-355 de 2006, para que sea una obligación legal del Congreso de la República tener que legislar en un tiempo prudencial y perentorio para establecer mediante Ley de la República un período de tiempo en el cual **la sola voluntad de la mujer baste para acceder a la IVE o fijar un límite máximo razonable para la utilización de las causales hasta ahora despenalizadas**”.
- Sentencia SU-096/2018: “Una vez se ha emitido la certificación médica de interrupción voluntaria del embarazo y **la mujer haya expresado su voluntad de continuar con el procedimiento**, la entidad prestadora de salud deberá realizar de oficio y directamente con su red de instituciones prestadoras de salud los trámites administrativos indispensables para la práctica del procedimiento. Para el efecto, las entidades prestadoras de salud solo podrán remitir a la paciente a las entidades que tengan capacidad técnica para efectuar el procedimiento de acuerdo con la edad gestacional, y que hayan consentido previamente sobre la realización del mismo. Estas diligencias deberán respetar el término de cinco días dispuesto para la materialización del mismo, el cual empezará a correr desde la emisión del certificado médico respectivo... Recapitulando (i) es un profesional de la medicina quien debe expedir el certificado; (ii) la

certificación debe establecer la causal y que esta responde a, por lo menos, una causal de las establecidas en la sentencia C-355 de 2006; (iii) **la práctica de la IVE debe estar sujeta a la voluntad de la mujer gestante**; (iv) al juez constitucional no le corresponde evaluar la idoneidad del certificado; y (v) si se considera que la certificación no fue expedida acorde con los parámetros científicos adecuados, será al interior de otro proceso donde se deberá debatir la actuación del profesional”.

Por lo tanto, podemos afirmar que la despenalización del aborto se presenta cuando se configuran dos situaciones, por un lado, que se trate de las tres situaciones fácticas previstas por la sentencia C-355 de 2006 y, por otro lado, que se ejecute a partir de la voluntad expresa de la mujer gestante. El propósito del presente artículo académico es realizar un análisis, desde la jurisprudencia y lo jurídico, exclusivamente sobre el tema de la voluntad y como ésta se puede ver afectada, no sólo desde las tres condiciones que expuso la sentencia de la Corte Constitucional sino también desde hecho mismo de que el embarazo puede ser causal de discapacidad mental temporal.

El concepto de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico colombiano

La Sala Plena de la Corte Constitucional Colombiana, con la sentencia C-355 de 2006, estableció en el artículo 122 de la ley 599 de 2000 que la conducta punible del aborto puede ser despenalizado siempre y cuando se cumplan unos requisitos: por un lado que exista la acción voluntaria de la mujer gestante para decidir interrumpir el embarazo (es decir hacer efectiva la autonomía reproductiva), y que la decisión se presente únicamente en tres situaciones fácticas: (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

A partir de lo anterior, debemos hacer un estudio del concepto de voluntad, analizándolo desde la legislación colombiana y jurisprudencial, para luego acercarnos a revisar sus efectos dentro de los parámetros jurídicos fijados por la Corte Constitucional en relación con el derecho de abortar.

El principio de la autonomía de la voluntad privada se encuentra consagrado en los artículos 13 y 16 de la Constitución Política de Colombia:

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los

mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

ARTICULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico (Const., 1991, art 13 y 16).

Pero ¿qué se entiende por autonomía de la voluntad? La Corte Constitucional la definió, en la sentencia C-1194 de 2008 como: “el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres”. Lo anterior quiere decir que la voluntad es una facultad jurídica que otorga el ordenamiento jurídico reconocido para crear, modificar y extinguir efectos jurídicos entre partes; es una potestad que permite darle validez jurídica a toda actuación u omisión con connotaciones legales⁷.

Así mismo el Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera—, en la sentencia del 24 de noviembre de 2014, estipuló lo siguiente:

Ahora bien, la fuerza normativa de la manifestación de voluntad se sustenta en el hecho de que es inherente a la naturaleza humana la búsqueda constante del bienestar y la preservación, el interés por obtener beneficios y por mejorar las condiciones de vida. Son excepcionales los casos en que las personas, ya sea por altruismo o por un caso extremo de instinto de autodestrucción, tomen decisiones que vayan en contravía de sus intereses. Por esto es apenas lógico que, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, las personas manifiesten su consentimiento en aras de obtener su propio bienestar y alcanzar los fines que tienen propuestos... En conclusión, la naturaleza misma de la conciliación exige el ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad y si se logra llegar a un acuerdo, éste tendrá la misma fuerza que una decisión judicial, lo cual vislumbra, una vez más, **la fuerza jurídica que tiene la voluntad exenta de vicios para producir efectos jurídicos**, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres, en los términos señalados por la Constitución Política. (CONSEJO DE ESTADO, 2014).

La autonomía de la voluntad, dentro del ordenamiento jurídico, siempre busca la satisfacción de un interés que tenga como finalidad su propio bienestar o la preservación de algo. En el mundo de los contratos,

⁷ Lo anterior significa que el ordenamiento jurídico, consciente de su limitación de regular todas las relaciones interpersonales, faculta a los ciudadanos de la capacidad de crear, modificar y extinguir efectos jurídicos Inter partes, y como vehículo para realizarlo, reviste de validez jurídica la manifestación de voluntad, siempre y cuando esta no esté viciada por error, fuerza o dolo (Consejo de Estado, 07001-23-31-000-2008-00090-01, 2014).

la autonomía de la voluntad busca específicamente eso: que a partir de la relación jurídica nacida de la voluntad de las partes se alcance la satisfacción de un interés, algún beneficio o la preservación de algo, como por ejemplo la adquisición de un bien necesario para su bienestar, como es un contrato de trabajo, un bien inmueble, entre otros⁸.

Al final, la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico colombiano es la capacidad de disponer de sus derechos y posesiones:

El principio de autonomía de la voluntad privada ha sido definido como el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres (Constitucional, Sentencia C-1194 de 2008).

Por otra parte, la Corte Constitucional fue clara en describir que una cosa es la autonomía de la voluntad en el ámbito jurídico, como facultad de disponer, y otra muy diferente como la voluntad meramente humana, aquella que es independiente del ordenamiento legal pero que puede generar efectos jurídicos:

Al respecto la jurisprudencia de la Corte ha señalado que este principio encuentra fundamento constitucional en los artículos 13 y 16 de la Carta, en tanto reconocen, respectivamente, el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad. Estos derechos permiten inferir que se reconoce a los individuos la posibilidad de obrar de acuerdo con su voluntad, siempre y cuando respeten el orden jurídico y los derechos de las demás personas (Constitucional, Sentencia C-1194 de 2008).

La voluntad en esencia es un ejercicio introspectivo de la libertad, un actuar o una determinación que efectivamente contiene consecuencias jurídicas⁹. Ahora bien, la autonomía de la voluntad no solo hace referencia al ejercicio libertario sino también a un autogobernarse, no sólo propende

8 “Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel”. (CORTE CONSTITUCIONAL, 2013)

9 “Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel” (Corte Constitucional, 2013).

por la posibilidad de actuar sino también de ponerse sus propios límites¹⁰.

Con base en lo anterior, la voluntad es la facultad humana, interna, libre y discernida que al exteriorizarse puede conllevar a efectos jurídicos, afectando no sólo los límites de la autonomía particular sino de otros sujetos de derechos. Tal voluntad no siempre es perfecta y esto lo sabe el ordenamiento jurídico, por ello prevé consecuencias legales cuando la autonomía de la voluntad afecta negativamente las esferas del otro e, igualmente, cuando la misma nació a partir de postulados reactivos y contaminados por situaciones ajenas a la misma voluntad.

Autonomía de la voluntad y el vicio del consentimiento

La autonomía de la voluntad, como potestad de la libertad para crear derechos y contraer obligaciones, nace jurídicamente a partir de los parámetros legales ya fijados y reforzados con postulados constitucionales, especialmente en temas como la contratación privada y los procesos de conciliación.

Sin embargo, desde la misma legislación colombiana encontramos cómo la autonomía puede resultar afectada o incluso anulada en algo que se conoce como los vicios del consentimiento:

El consentimiento puede, y quizá debe, ser visto como el producto de una deliberación previa entre las partes, en las que se aclara, no la unilateralidad de la acción, sino el hecho de que, al ser la acción un proceso transitivo, se resuelve que una parte puede ser pasiva y la otra activa porque solo una está en situación de obligarse, o que ambas sean activas, en cuyo caso hay una reciprocidad obligacional...

Pues bien, estas personas deben estar no solo en plena capacidad de hacer uso de su voluntad –esa capacidad fundamental que tiene cada persona de resolver de sus propios asuntos, intereses y deseos, teniendo siempre en cuenta el contexto de lo social, lo jurídico y lo económico– sino de demostrar su habilidad deliberativa, la cual debe ser consiente, consistente y capaz de superar el más simple análisis discursivo (García Vásquez, 2014).

En la correlación consentimiento-voluntad que describe el pasaje anterior podemos encontrar que esta se hace necesaria para verificar la validez jurídica de todo acto humano. El consentimiento es uno de los elementos esenciales del negocio jurídico, y hace referencia exclusivamente de aquella exteriorización de la voluntad libre de una persona para acoger

¹⁰ “autonomía implica el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno mismo... autonomía implica el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno mismo”. Por su parte dice la misma doctrinante que “este concepto genérico adquiere gran importancia cuando se refiere a las personas y entonces se llama autonomía privada, y se define como el poder que el ordenamiento jurídico confiere al individuo para gobernar su propia esfera jurídica” (Bambach Salvatore, 1993).

derechos u obligaciones. El artículo 1502 del Código Civil colombiano afirma lo siguiente:

ARTICULO 1502. REQUISITOS PARA OBLIGARSE. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 10.) que sea legalmente capaz.
- 20.) que consienta en dicho acto o declaración y **su consentimiento no adolezca de vicio.**
- 30.) que recaiga sobre un objeto lícito.
- 40.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra¹¹ (Código Civil, 1887)

Para que todo acto jurídico exista, (como por ejemplo el de acceder al procedimiento quirúrgico IVE) debe contar con plena validez, es decir que debe trascender del mero acto humano a lo jurídico, proceso que permite la consecución de efectos meramente legales.

Sin embargo, todo acto humano puede no llegar a ser acto jurídico en dos situaciones: la primera, cuando falla el elemento volitivo, es cuando hablamos del vicio jurídico, y la segunda, cuando la persona no pueda obligarse por sí mismo. Pero ¿qué son los vicios? Y ¿qué es no obligarse por sí mismo?

En relación con los vicios podemos establecer que existen tres tipos según el artículo 1508 del Código Civil colombiano: “Artículo 1508. Vicios Del Consentimiento. Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo” (Código Civil, 1887).

Ahora, al entrar a definir al primero de los vicios se afirma: el error, podemos decir que es “la falsa apreciación que se tiene sobre la ley, una persona o cosa, o como una contraposición entre concepto y realidad” (García Vásquez, 2014, p.162). En resumen, es una equivocada percepción de la realidad o equivocada conceptualización de una ley de una persona o una cosa.

En relación con la fuerza como vicio del consentimiento, el artículo 1513 del Código Civil Colombiano expone:

Artículo 1513. Fuerza. La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de

11 Subrayado y negrilla propios.

verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave... El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no basta para viciar el consentimiento (Código Civil, 1887).

La fuerza, por sí sola, no representa o no genera efectos para viciar una relación de índole jurídico, sin embargo, si dicha fuerza puede afectar el sano juicio, es decir la capacidad de discernir entre lo que le conviene y no, pierde la capacidad de decisión voluntaria¹².

Por último, tenemos al dolo, fijado en el artículo 1515 del Código Civil colombiano, que estipula:

Artículo 1515. dolo. El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado... En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo. (Código Civil, 1887)

El dolo es la acción intencionada de una de las partes con el propósito de engañar a la otra parte. Es la búsqueda de buscar un beneficio afectando el interés de la contraparte¹³.

Como podemos apreciar, en relación con los tres tipos de vicios del consentimiento, estos pueden afectar cualquier acto jurídico. En nuestro caso la decisión de la fémina para que se desarrolle el procedimiento de IVE, teniendo en cuenta que nos encontramos, no frente a la consecución de un contrato, sino frente al perfeccionamiento de una relación jurídica, nacida de la voluntad de la mujer gestante y su consentimiento exteriorizado ante la institución prestadora de salud para que le adelante dicho tratamiento médico. Sin embargo, tal consentimiento puede sobrellevar algún vicio, sea este por error, fuerza o dolo. A manera de ejemplo tomaremos la Sentencia SU 096 de 2018 donde encontramos dos hechos que sirvieron de móvil para la interposición de la acción de tutela: por un lado el estudio psicológico que le hicieran a la gestante para identificar que el embarazo ponía en peligro su salud mental y por el otro el hecho de que el nasciturus venía con malformación. En relación con el

12 “Dicha norma continúa vigente, y reconoce que la fuerza que vicia el consentimiento no sólo ésta en las personas beneficiadas con tal coacción o en un tercero, (código civil, Art. 1514) sino también en las circunstancias que fuerzan a los sujetos a actuar como no lo desean” (García Vásquez, 2014, p.190).

13 “El dolo en el derecho civil es considerado como la maniobra empleada por una persona con el propósito de engañar a otra y determinarla a otorgar un acto jurídico, es un error provocado, donde queda evidenciado que, sin ellos, los contratantes, no hubiesen contratado la otra parte y, en este caso, es causa de nulidad por haberse utilizado este medio. Es preciso que este haya sido cometido por uno de los contratantes en contra del otro, para que sea probado por aquel que lo alega” (García Vásquez, 2014, p.205).

primero encontramos que se identifican o hacen referencia a dos estudios psicológicos que le hacen a la gestante con resultados diferentes:

El 29 de diciembre de 2017, un médico psiquiatra adscrito a la EPS Compensar, evaluó el caso de la accionante dada su solicitud de “interrupción del embarazo de común acuerdo con su esposo”. Encontró a una paciente “consciente, alerta, orientada, sin alteraciones en la sensopercepción o el pensamiento. Afecto reactivo ansioso depresivo. Memoria conservada. Juicio de realidad adecuado”. Conceptuó: “madre gestante de 33 años que ante informe solicita interrupción del embarazo. Es consciente de su situación y está en pleno uso de sus facultades para tomar esa decisión. Se recomienda continuar en apoyo psicoterapéutico”.

En la misma fecha, la paciente fue remitida a Profamilia. El formato contiene la siguiente información, relevante para el caso, (i) “paciente con cuadro de ansiedad y depresión desencadenado por la noticia de que el feto presenta holoprosencefalia vs displasia septo-óptica”; y (ii) diagnóstico: “F412 Trastorno mixto de ansiedad y depresión, Z303 Extracción menstrual. Z359 Supervisión de embarazo de alto riesgo, sin otra especificación. Z300 Consejo y asesoramiento general sobre la anticoncepción”.

Una vez evaluada por Profamilia, un profesional médico de esta entidad relacionó en su historia clínica la siguiente información: “Área Afectiva: Angustiada, Deprimida, Ansiosa, Sentimientos de desesperanza, Impotencia. Área Somática: Alteraciones en el sueño, Inapetencia. Área Relacional: Aislamiento. Área Cognitiva: Dispersa, Pensamientos Negativos frecuentes, Dificultad para resolver problema, Dificultad para la concentración y producción intelectual.

Podemos observar que los dos estudios psicológicos fueron desarrollados en la misma fecha y que el generado por la EPS de la gestante manifiesta que ella se encuentra en estado consciente y normal, mientras en el otro, que fue desarrollado no por su prestadora de salud sino por una entidad independiente, se concluye que la paciente cuenta con problemas de ansiedad y depresión. Ahora, cuando el embarazo pone en peligro la salud de la madre se cumple una de las causales o condiciones despenalizadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, en este caso la afectación a la salud mental de la madre. Sin embargo, dicha decisión jurisprudencial no midió o no revisó que los actos jurídicos de procedimiento IVE pueden caer en un posible vicio del consentimiento, en el entendido que la voluntad de la mujer gestante puede ser afectada por error cuando se condiciona a partir de dos estudios psicológicos con resultados contrarios.

En el salvamento de voto de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, dentro de la sentencia SU-096 de 2018, explica cómo existieron fallas en la valoración de los hechos médicos y científicos que sirvieron de base

para fijar la decisión judicial que permitió el procedimiento IVE. Sin embargo, la situación contenida en dicha sentencia constitucional permite demostrar que la voluntad de la gestante, para dar el consentimiento para realizársele el procedimiento IVE, pudo haber partido desde un error, no sólo en relación con la existencia de dos estudios psicológicos contrarios, sino también sobre la malformación detectada al nasciturus, donde no existe un certificado médico que permita identificar que dicha malformación era incompatible con la vida del feto que está por nacer ni que existiera una relación con la salud mental de la mujer gestante para, así, justificar la aplicación de la excepcionalidad del artículo 122 del Código Penal colombiano:

En la Sentencia SU-096 de 2018 la Corte desconoció sus precedentes pacíficos y reiterados en la materia, y concluyó que, pese a la evidencia científica, la inexistencia de un certificado médico sobre la incompatibilidad de la malformación con la viabilidad del feto que sirviera de sustento a la decisión judicial[562] y, pese a que obraba en el expediente una certificación que expresamente manifestaba que la malformación detectada no era incompatible con la vida de la niña por nacer, se cumplieron los requisitos para ordenar, en el caso concreto, la realización de una IVE como medida provisional.

Al respecto afirma la sentencia que “Sala Plena encuentra cumplida la causal: cuando exista grave malformación que haga inviable su vida, certificada por un médico”.

Sin embargo, ello no corresponde a las pruebas obrantes en el expediente. En efecto, según los documentos y pruebas que se anexaron a la acción de tutela y constan en el expediente, es evidente que la solicitud de IVE se fundamentó únicamente en prejuicios discriminatorios y que no existió certificado sobre la inviabilidad del feto, con anterioridad a la decisión del juez de tutela de ordenar la IVE por medida provisional.

En efecto, tanto de las afirmaciones de la accionante como del conjunto de sus condiciones personales -33 años, casada y profesional,[563]- se evidencia que el embarazo, finalmente interrumpido, fue el resultado de una decisión consciente y responsable.

Consta en los documentos anexos a la tutela que durante el embarazo asistió a los controles, e incluso que estuvo atenta a los signos de riesgo y se sometió a los tratamientos médicos que se hicieron necesarios frente a las amenazas de aborto en las semanas 9 y 10,[564] lo que le exigió llevar reposo absoluto, fruto de cuyos cuidados pudo continuar el embarazo hasta la semana 21 en que el examen ecográfico detectó la posible diversidad funcional.

Luego de transcurridas 21 semanas de gestación, se realizó el examen ecográfico de control y el informe del Comité Técnico Científico del laboratorio de Diagnóstico Ecográfico OBGYN, para segunda opinión de

casos difíciles, de fecha 4 de diciembre de 2017, con la firma de 5 médicos, concluye:

“HALLAZGOS: Ventriculomegalia límite bilateral, ausencia del cavum del septum pellucidum, fusión completa de las astas anteriores de los ventrículos laterales, el cuerpo calloso se observa íntegro, fosa posterior normal cortes parasagitales sin alteraciones, espina normal, desarrollo de circunvoluciones normal.

POSIBLES DIAGNÓSTICOS: Displasia septo-óptica Vs Holoprosencefalia lobar.

PLAN DE MANEJO: Estudio citogenético, Se explica el mal pronóstico en el neuro desarrollo futuro.” [565]

En este documento, anexo a la acción de tutela y por lo tanto disponible para la Juez que conoció de la misma, claramente se concluye “mal pronóstico en el neuro desarrollo futuro”, sin que haya ninguna anotación sobre la inviabilidad del feto, y por el contrario, al prever un desarrollo futuro asume el diagnóstico que la malformación detectada no resulta incompatible con la vida del feto. De hecho, en el mismo resultado del examen ecográfico emitido por OBGYN, respecto de las demás condiciones del feto se concluye: “Valoraciones anatómicas y biofísica satisfactoria”.

El 20 de diciembre de 2018, Compensar EPS autorizó la realización de IVE para la accionante. En el expediente consta una solicitud médica del 15 de diciembre, pero en dicha solicitud no existe ninguna certificación o al menos una mención sobre la inviabilidad del feto, por el contrario, en todos los documentos se hace mención de la causal como “malformación”. Se reitera que hasta ese momento y a partir de la evaluación que dio lugar a la decisión de la accionante, ningún médico advirtió, y menos aún certificó la incompatibilidad de la malformación detectada con la vida del feto.

El posible diagnóstico fue luego confirmado por el Informe de Ecografía Obstétrica del Hospital San José, que en un detallado examen concluye con el resultado de normalidad en la anatomía y funcionamiento de cara, cuello, tórax, pulmones, corazón, diafragma interno (estómago, hígado, vasos interhepáticos, intestino, riñones, vejiga, pared abdominal), columna vertebral, extremidades y falanges.[566] Del examen realizado, la junta médica del Hospital San José concluye en su análisis que:

“(…) EN REUNION REALIZADA CON LA DRA PINTO Y EL DR ROJAS SOBRE EL CASO SE CONSIDERA QUE LOS HALLAZGOS PRESENTES EN EL FETO NO SON INCOMPATIBLES CON LA VIDA. LAS POSIBLES SECUELAS QUE PUEDE PRESENTAR EL NEONATO PUEDEN SER VARIABLES DESDE LEVES HASTA SEVERAS NO PREDECIBLES MEDIANTE ECOGRAFÍA. LA PACIENTE Y SU ESPOSO SOLICITAN INTERRUPCIÓN DE LA GESTACIÓN, ACTUALMENTE

NO CUMPLE CON LOS CRITERIOS CONTEMPLADOS POR LA SENTENCIA C-355 DE 2006 PARA ESTE PROCEDIMIENTO. (...)”[567]

Todos estos documentos obran en el expediente como anexos de la acción de tutela. En cambio, no constaba en el expediente ningún documento en donde se afirme, diagnostique y menos en donde se certifique, que el diagnóstico del feto resultaba incompatible con su vida. Esa información estuvo disponible para que la Juez la valorara a fin de tomar su decisión, en particular sobre las medidas provisionales a tomar.

Lo anterior no sólo nos permite comprobar, a manera de ejemplo, cómo puede existir vicio del consentimiento y tener una correlación directa con la autonomía de la voluntad privada, ya que los vicios del consentimiento no son exclusivos de la consecución contractual, sino que también se dan en toda situación donde la persona, de manera libre y voluntaria, se dispone a crear derechos o contraer obligaciones¹⁴. En la sentencia SU-096 de 2018, pudo configurarse el vicio en el consentimiento de la gestante a causa de un error: por un lado, la no certeza de existir afectación en la salud mental de la mujer gestante al encontrar dos análisis psicológicos contrarios, y por otro lado el error al no existir certificado médico que declare que la malformación del feto sea incompatible con la vida del nasciturus. Ante tal configuración del vicio del consentimiento podemos afirmar que se falló en la autonomía de la voluntad de la mujer gestante e igualmente la excepcionalidad del artículo 122 del Código Penal.

Para que un acto jurídico tenga plena validez, se requiere no sólo la manifestación de la voluntad de ambos declarantes, sino también que dicha voluntad no se haya orientado por motivos que afecten la autonomía de la voluntad, como lo es el error, la fuerza o el dolo. Se espera que los declarantes hayan sido guiados por la mera libertad interpretativa, discernida y de intereses propios de quien la expresa. Es decir que hablamos de una voluntad sana, de no ser así es porque alguna situación interna o externa destruye tal libertad y, por lo tanto, afecta la capacidad que la ley nos atribuye para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Por lo

14 “El derecho al libre desarrollo de la personalidad, conjuntamente entendido con otras disposiciones constitucionales, confiere fundamento directo a la protección de la autonomía privada entendida, tal y como lo ha hecho la jurisprudencia constitucional, como “la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación”. En efecto, además del artículo 16, la Constitución reconoce no solo (i) que todas las personas son igualmente libres ante la ley (art. 13), sino también que son titulares (ii) del derecho a la personalidad jurídica, esto es, a ejercer los atributos referidos a la capacidad de goce y ejercicio, (iii) de la libertad de asociarse o abstenerse de hacerlo (art. 38) y (iv) de los derechos a la libre iniciativa privada, libertad de empresa y libertad de competencia (art. 333 C.P.). Dichas disposiciones otorgan entonces sustento constitucional a la capacidad de las personas de autorregular sus propios intereses, expresándose no solo en relación con las decisiones más personales, sino también en las que se toman en contextos en los que se desenvuelven las personas y que dan lugar a relaciones familiares, sociales, gremiales o mercantiles”. (Corte Constitucional, Sentencia C-345 de 2017, 2017)

tanto, podemos apreciar cómo es posible que se afecte la autonomía de la voluntad en relación con las acciones jurídicas, que dentro de estas cabe aquella que hace gestión en relación con la parte volitiva de la mujer gestante para acceder al procedimiento IVE y por lo tanto no incurrir en el delito del artículo 122 del Código Penal colombiano.

Podemos concluir que la capacidad volitiva de toda persona puede terminar viciada en la consecución de cualquier acto jurídico cuando resulta afectada por el error, la fuerza y el dolor; afectando cualquier decisión libre en la consecución de cualquier acto jurídico.

Hemos visto cómo la autonomía de la voluntad puede resultar afectada por los vicios del error, la fuerza o el dolo; ahora es pertinente revisar cómo dicho discernimiento puede también resultar diezmado cuando la gestante sufre de problemas de salud mental, es decir, padece de incapacidad mental, sea esta absoluta o relativa. Esto, con el ánimo de analizar cómo puede resultar afectada, negativamente, la autonomía de la voluntad reproductiva de la mujer gestante.

Autonomía de la voluntad y la afectación mental

En líneas anteriores se pudo demostrar cómo la voluntad puede perder su autonomía y resultar siendo condicionada en su decisión a partir de las tres causales que el código civil colombiano estipuló como vicios del consentimiento. Ahora es pertinente analizar el tratamiento legal y jurisprudencial en relación con la salud mental en esencia, que en Colombia reconocemos como discapacidad mental.

En relación con la capacidad legal de la persona para obligarse por sí misma, es pertinente acogernos a lo expresado en el artículo 1503 del mismo código: ARTICULO 1503. PRESUNCION DE CAPACIDAD. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces.

La discapacidad es entendida como “un término genérico que engloba deficiencias, limitaciones de la actividad y restricciones para la participación, relacionadas con condiciones físicas, mentales o sensoriales de un individuo, que pueden presentarse de manera permanente o temporal” (Corte Constitucional, Sentencia T-195 de 2016).

En Colombia, la discapacidad mental no se toma como una limitante para tomar decisiones si tenemos en cuenta la ley 1306 de 2009, que reza en sus principios lo siguiente:

ARTÍCULO 3°. Principios: En la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad mental se tomarán en cuenta los siguientes principios:

- a. El respeto de su dignidad, su autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y su independencia;
- b. La no discriminación por razón de discapacidad;
- c. La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d. El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad mental como parte de la diversidad y la condición humana;
- e. La igualdad de oportunidades;
- f. La accesibilidad;
- g. La igualdad entre el hombre y la mujer con discapacidad mental;
- h. El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con a reservar su identidad.

Estos principios tienen fuerza vinculante, prevaleciendo sobre las demás normas contenidas en esta ley.

Sin embargo, aunque la Corte Constitucional reconoce la autonomía de la voluntad del incapacitado mental, también fija unas condiciones, no como fórmula de limitar su despliegue personal, sino todo lo contrario, para contar con elementos que permitan la valoración y posibilidad de toma de decisiones:

En la investigación referenciada se expuso que la ley Británica “Mental Capacity Act”, en acopio con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece que “se debe presumir que la persona tiene capacidad, a menos que se haya determinado el contrario; la persona no debe ser tratada como incapaz de tomar una decisión hasta que se hayan llevado a cabo todas las medidas posibles para ayudar a tomarlas; y la persona no debe ser tratada como incapaz de tomar una decisión simplemente porque previamente tomó una mala decisión.”

Bajo este contexto, para determinar si una persona con discapacidad debe recibir apoyo, se debe analizar si la persona: (i) tiene algún impedimento o trastorno mental o cerebral y; (ii) es capaz de comprender la información necesaria para tomar la decisión, memorizarla y utilizarla como parte del proceso de decisión y luego comunicarla (habla, señas o cualquier otro medio) (Corte Constitucional, Sentencia T-509 de 2016).

Tales condicionamientos que señala la Corte Constitucional aplican sobre la incapacidad mental absoluta e igualmente sobre la incapacidad mental relativa, señalando lo siguiente:

De esta manera, el artículo 15 de la cita ley dispuso que los sujetos que padezcan discapacidad mental absoluta son incapaces absolutos y los que sufran una discapacidad mental relativa, “se consideran incapaces relativos respecto de aquellos actos y negocios sobre los cuales recae la inhabilitación. En lo demás se estará a las reglas generales de capacidad.”.

En síntesis, se presume la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, conforme al artículo 1503 del Código Civil y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Según estas disposiciones, toda persona con enfermedad mental es legalmente capaz hasta que no se demuestre lo contrario.

Lo anterior nos demuestra cómo tanto la legislación colombiana como la jurisprudencia definen la discapacidad mental como aquellas limitaciones psíquicas o de comportamiento que le impiden a una persona comprender el alcance de sus actos o que pueden generar riesgos excesivos o innecesarios. Es por ello por lo que la discapacidad mental produce una incapacidad jurídica correlativa a su afectación.

Ahora, la ley 1306 de 2009 estipula que todas estas deficiencias deben ser dictaminadas por un equipo interdisciplinario que certificará el estado actual del paciente, la etiología, el diagnóstico y el pronóstico de la enfermedad, así ésta sea una perturbación temporal¹⁵. Sin embargo, ¿es necesario adelantar dictamen psicológico para evaluar la discapacidad mental en relación con la toma de una decisión autónoma reproductiva?

La anterior inquietud podemos resolverla a partir de los postulados dados por la Corte Constitucional:

Por otra parte, los derechos reproductivos les otorgan a todas las personas, especialmente a las mujeres, la facultad de adoptar decisiones libres e informadas sobre la posibilidad de procrear o no, y cuándo y con qué frecuencia hacerlo. De ahí, que esta garantía posea dos dimensiones: la primera, relacionada con la existencia de una autodeterminación reproductiva; y, la otra, correspondiente al acceso a los servicios de la salud reproductiva.

En cuanto a la autodeterminación reproductiva, la Corte ha señalado que de él se deriva “el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, pues no se deben sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas, sea que se decida tener descendencia o no”. Aunado a ello, este

15 Artículo 42 ley 1306 de 2009: “ARTÍCULO 42. Interdicción y rehabilitación de la persona con discapacidad mental absoluta: Derogado por el literal c), art. 626, Ley 1564 de 2012. El artículo 659 del Código de Procedimiento Civil quedará así: Artículo. 659. Interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta. Para la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta se observarán las siguientes reglas: 3. En el auto admisorio de la demanda se ordenará citar a quienes se crean con derecho al ejercicio de la guarda y se ordenará el dictamen médico neurológico o psiquiátrico sobre el estado del paciente; la objeción al dictamen se decidirá por auto apelable. 4. En el dictamen médico neurológico o psiquiátrico se deberá consignar: a). Las manifestaciones características del estado actual del paciente. b). La etiología, el diagnóstico y el pronóstico de la enfermedad, con indicación de sus consecuencias en la capacidad del paciente para administrar sus bienes y disponer de ellos, y c). El tratamiento conveniente para procurar la mejoría del paciente. 5. Recibido el dictamen, el Juez, dentro de los cinco (5) días siguientes correrá traslado de este, por el término de tres (3) días”.

Tribunal ha afirmado que se transgrede esta garantía cuando se recurre a embarazos, esterilizaciones o abortos forzados o, incluso, cuando se exige el consentimiento de un tercero para admitir la decisión de tener, o no, hijos (Corte Constitucional, Sentencia SU-096 de 2018).¹⁶

La Corte Constitucional reconoce, jurisprudencialmente hablando, que la autonomía de la mujer en sus decisiones reproductivas puede verse afectada, es decir perder el estímulo de la libertad, teniendo en cuenta que la misma puede ser condicionada, coaccionada o definida por algo externo que afecta su fuero interior. La afectación de la autodeterminación no sólo nacer a partir de situaciones de violencia o coacción, sino también debido a un engaño. Que sea libre, significa que:

(...) la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Así, no es válido, por haber sido inducido en error, el asentimiento de un paciente que es logrado [por ejemplo] gracias a una exageración, por parte del médico, de los riesgos de la dolencia y una minimización de los peligros del tratamiento.¹⁷ Corte Constitucional, sentencias T-1021 de 2003, T-1019 de 2006, T-560A de 2007 y T-497 de 2012. (Corte Constitucional, Sentencia T-043 de 2015)

Es posible afirmar que la autodeterminación reproductiva no es total y puede resultar afectada, o más bien limitada, por situaciones internas o externas de la persona:

El consentimiento informado debe ser libre. Que el consentimiento sea libre, significa que «la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Por esta razón no será válido el consentimiento otorgado por el paciente como fruto de una exageración por parte del médico acerca de los riesgos de la dolencia y una minimización de los peligros del tratamiento». (Corte Constitucional, T-560/2007) (Gaviria Uribe, 2013, p.64).

Jurídicamente hablando la mujer tiene autonomía de la voluntad reproductiva y es a partir de ésta que se configura el derecho fundamental para la despenalización del acto del aborto en tres casos. Esto con la finalidad de poder realizar el procedimiento quirúrgico de interrupción voluntaria del embarazo.

Sin embargo, hemos encontrado como la autodeterminación reproductiva tiene sus límites y puede resultar afectada por los presupuestos dados por la jurisprudencia constitucional y bajo los argumentos señalados en el presente artículo. Por último, apreciamos que las causales que despenalizan la conducta tipificada del aborto como delito, pueden terminar sirviendo de causales que afectan la autodeterminación reproductiva, viciando el consentimiento propio de la fémica embarazada.

17 Subrayado y en negrilla fuera del texto.

El problema de fijar o saber a ciencia cierta si el embarazo —sea consentido o no— puede afectar la autonomía reproductiva de la mujer tiene su origen en que la Corte Constitucional no definió un procedimiento claro para determinar el nivel de afectación mental de la mujer y si éste conlleva a la disminución de la capacidad autónoma de decisión. Es decir, fue muy laxa en este sentido ya que no existe, dentro de sus decisiones jurisprudenciales, claridad de qué condiciones llevarán a las gestantes a un estudio médico mental que efectivamente determine su afectación mental y su condición para tomar decisiones de manera autónoma, dirección que difiere con la postura de la Corte Constitucional en relación con los discapacitados mentales supeditados a la ley 1306 de 2009¹⁸. La jurisprudencia Constitucional Colombiana, deja en claro que toda afectación mental lleva de por sí dificultades para ejercer su capacidad jurídica como el despliegue personal para adquirir y ejercer derechos:

DISCAPACIDAD MENTAL-Absoluta o relativa

La discapacidad mental, como una de las manifestaciones específicas de la discapacidad, se encuentra regulada, de forma especial, en la Ley 1306 de 2009, [p]or la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces emancipados. En el artículo 2º de dicho ordenamiento, se establece que una persona tiene discapacidad mental cuando padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permite[n] comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio. Conforme con lo dispuesto en los artículos 17 y 32 siguientes, los discapacitados mentales pueden ser absolutos o relativos. El primer caso corresponde a quienes sufren una afectación o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental; entre tanto, son discapacitados mentales relativos las personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio. **En uno u otro caso, la calificación de la discapacidad debe realizarse “siguiendo los parámetros científicos adoptados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación y utilizando una nomenclatura internacionalmente aceptada”.**

CAPACIDAD JURIDICA-Significado en sentido general

La capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, esto es, la aptitud que la ley les reconoce para adquirir y ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismos sin la intervención de

18 Artículo 13 ley 1306 de 2009: “ACTOS DE OTRAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. La valoración de la validez y eficacia de actuaciones realizadas por quienes sufran trastornos temporales que afecten su lucidez y no sean sujetos de medidas de protección se seguirá rigiendo por las reglas ordinarias”

terceros, el artículo 15 de la ley en mención prevé que, quienes padezcan discapacidad mental absoluta son incapaces absolutos; mientras que los sujetos con discapacidad mental relativa se consideran incapaces relativos. **Para el discapacitado mental absoluto el ordenamiento jurídico ha previsto, como medida de protección de sus derechos, la interdicción; mientras que para el discapacitado mental relativo dicha medida equivale a la inhabilitación.**¹⁹ (Corte Constitucional, Sentencia T-195 de 2016).

La ley 1306 de 2009 es clara y explícita en que toda discapacidad mental debe estar certificada y medicada por especialista, ya que a partir de allí puede fijarse el nivel de inhabilitación o la necesidad de interdicción para la consecución de los derechos y adquisición de obligaciones en toda relación jurídica. Este presupuesto es necesario para el ejercicio de toda autonomía, con el fin de que su autodeterminación o libertad no se vea limitada o diezmada por una situación psicológica que afecte el discernimiento:

El contenido del citado artículo 15, en principio, guarda correspondencia con los artículos 1503 y 1504 del Código Civil. La primera de dichas normas señala que “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”; por su parte, la segunda norma dispone que “son absolutamente incapaces [las personas con discapacidad mental], los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender”.

Sin embargo, la Ley 1306 de 2009, orientada hacia el respeto a la dignidad, la autonomía individual y la independencia de las personas en situación de discapacidad mental[13], al disponer que “la incapacidad jurídica de las personas con discapacidad mental será correlativa a su afectación, sin perjuicio de la seguridad negocial y el derecho de los terceros que obren de buena fe”[14], supuso una actualización normativa frente a la protección debida a este grupo de sujetos y su régimen de representación legal, a efectos de acompañar el tema con la realidad constitucional vigente y la perspectiva de los diversos instrumentos internacionales sobre la materia. [15]

En efecto, de acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar a la Ley 1306 de 2009, el legislador encontró necesario enfocar dicha normativa hacia una visión moderna de la ciencia respecto de las personas en situación de discapacidad mental, de manera que se ajustara a sus necesidades personales y sociales, **“brindándoles el espacio para su actuación correlativo a su capacidad intelectual**, sin poner en riesgo sus intereses y los de la sociedad²⁰ (Corte Constitucional, Sentencia T-195 de 2016).

19 Subrayado y negrilla fuera del texto.

20 Subrayado y negrilla fuera del texto.

Se prueba aquí cómo la Corte Constitucional Colombiana presenta una postura diferente en relación con una mujer afectada mentalmente con el embarazo frente a los que sufren una incapacidad relativo mental, ya que con la ley 1306 de 2009 se reconoce la correlación entre la discapacidad mental y la potestad jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones. Esta postura es diferente a lo expuesto con la sentencia C-355 de 2006 donde no existe tal correlación sobre el peligro de la salud mental de la fémina. Es pertinente aclarar que dicha correspondencia es definida a partir de los parámetros científicos adoptados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación y utilizando una nomenclatura internacionalmente aceptada²¹, así como mediante procesos ante los jueces de familia²². Procedimientos que no se tienen en cuenta para determinar la afectación mental a partir del embarazo de una mujer, especialmente cuando éste no fue deseado o consentido:

Por su importancia para la resolución del caso concreto recalca la Sala que este derecho al acceso a los servicios de IVE incluye una innegable faceta de diagnóstico en los casos de la causal de peligro para la vida o la salud física o mental de la madre. Tal diagnóstico médico tendrá el objetivo de determinar, precisamente, si se configura la hipótesis referida para que, si la madre lo desea, se expida el correspondiente certificado médico y se pueda proceder a la práctica de la intervención. En este sentido, al igual que sucede con la fase de diagnóstico del derecho a la salud según la jurisprudencia constitucional, la paciente tiene derecho exigir de su EPS e IPS una valoración oportuna al respecto...

Como se dijo con anterioridad, del derecho fundamental a la IVE surge la obligación de garantizarlo en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad, lo que, en los casos de la causal de peligro para la vida o la salud física o mental de la madre, incluye una importante faceta de diagnóstico y el correlativo deber de las EPS e IPS de contar con protocolos de **diagnóstico rápido** en aquellos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure ésta hipótesis o la mujer gestante alega estar incurso en ella, y desea someterse a la IVE, precisamente con el fin de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 **consistente en una certificación médica**. Tales protocolos deben ser integrales, es decir, incluir una valoración

21 ARTÍCULO 17 LEY 1306 DE 2009: “EL SUJETO CON DISCAPACIDAD MENTAL ABSOLUTA. <Artículo derogado por el artículo 61 de la Ley 1996 de 2019> Se consideran con discapacidad mental absoluta quienes sufren una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental... La calificación de la discapacidad se hará siguiendo los parámetros científicos adoptados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación y utilizando una nomenclatura internacionalmente aceptada”.

22 ARTÍCULO 32 LEY 1306 DE 2009: “LA MEDIDA DE INHABILITACIÓN. Las personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio, podrán ser inhabilitadas para celebrar algunos negocios jurídicos, a petición de su cónyuge, el compañero o compañera permanente, los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y aún por el mismo afectado(...) Los procesos de inhabilitación se adelantarán ante el Juez de Familia.

del estado de salud mental pues la sentencia C-355 de 2006 concluyó que el peligro para la misma también es fundamento para una solicitud de IVE.²³ (Corte Constitucional, Sentencia T-585 de 2010).

Mientras para todo tipo de discapacidad mental, sea esta temporal o absoluta, se requiere de unos procedimientos definidos en la ley 1306 de 2009, buscando con esto determinar con claridad cómo puede afectarse la capacidad de discernimiento y la autonomía de decisión en la persona dentro del proceso para ejercer derechos o contraer obligaciones en todo tipo de relación jurídica (especialmente las contractuales), el tema de la afectación mental de la fémina embarazada es diferente pues para determinar si se pone en peligro su vida sólo es necesario un certificado médico, pero no establece si dicha anomalía mental puede afectar la autonomía reproductiva de la mujer que, en últimas, es el pilar principal sobre el cual descansa la despenalización del aborto en tres casos y la protección del derecho fundamental de la autonomía de la mujer sobre su cuerpo.

Los dictámenes psicológicos son válidos para la evaluación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la sentencia C-355 de 2006. Los psicólogos son profesionales de la salud, y por ende, están en capacidad de evaluar el impacto que un embarazo tiene en la salud mental de la paciente, y cómo la puede afectar en tal grado que la integridad y dignidad de la mujer corra peligro por el hecho del embarazo. (Corte Constitucional, Sentencia SU-096 de 2018).

El vacío jurídico está dirigido a que el certificado médico solamente determina el peligro en la salud de la mujer a partir del estado mental pero no establece si con dicha anomalía se afecta considerablemente o no la capacidad de discernir y decidir autónomamente, como requisito necesario para la consecución del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo.

Tal ambivalencia deja sin peso jurídico la correlación propia entre el procedimiento médico IVA y la autonomía reproductiva, teniendo en cuenta que en la sentencia C-355 de 2006 solo se relacionan las anomalías mentales como causa o móvil que ponga en peligro la vida de la mujer, desconociendo que el embarazo, como acto deseado o no, pueda incidir en el sano juicio de las mujeres gestantes, generando anomalías en la voluntad y, por ende, un vicio del consentimiento para la consecución del procedimiento IVE:

Según una revisión de estudios, conducidos mayoritariamente en países desarrollados, entre 2 y 21% de gestantes padece depresión (diagnosticada por medio de entrevista clínica) y entre 8 y 31% presenta sintomato-

23 Subrayado y negrilla fuera del texto.

logía depresiva (a partir de escalas psicométricas).³ En México se observa que entre 12 y 14% de las embarazadas presenta depresión^{4,5} y entre 21.7 y 30.7%, sintomatología depresiva.^{6,7} Las embarazadas con depresión tienden a adoptar comportamientos poco saludables, por ejemplo, no buscan atención prenatal temprana y tienden a asumir conductas de riesgo, como; abuso de sustancias e inadecuada alimentación materna,³ esto incide en mayor riesgo de que el infante tenga bajo peso al nacer y de sufrir retraso en el desarrollo.⁸ Aunado a lo anterior, la depresión en el embarazo incrementa la probabilidad de padecer depresión posparto.³ Entre los factores más frecuentemente relacionados con la depresión en el embarazo, se encuentra tener historia de depresión y/o de pensamientos suicidas alguna vez en la vida, así como tener antecedentes de abortos, ser múltipara, soltera, con escaso apoyo social y no haber planeado o deseado el embarazo.^{3,9} Factores de riesgo muy similares –como historia de depresión e ideación suicida, ser múltipara, no haber deseado el embarazo y no contar con apoyo– también se han identificado en madres mexicanas, así como vivir en unión libre versus estar casada.^{4,10} La violencia de la pareja también incrementa el riesgo de sintomatología depresiva 6.2 veces,¹¹ y el abuso en la infancia y adolescencia, particularmente la concurrencia de abuso sexual, físico y verbal se asocia con mayor riesgo de sintomatología depresiva (3.1 veces) y ansiosa (3.7 veces) en embarazadas e ideación suicida a lo largo de su vida (13.7 veces) (Medina Mora, Sarti Gutierrez, & Real Quintanar, 2015).

Por lo tanto, es pertinente indicar, que las decisiones de la Corte Constitucional, aunque demuestran un interés por la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, también han presentado deficiencias para la consecución de los mismos pues a veces contrarían los procedimientos propios de una situación fáctica, más cuando tienen directa relación con temas del resorte científico y médico que no van de la mano con lo jurídico, es decir que un postulado jurisprudencial no puede desconocer los presupuestos médicos y científicos, ni los desarrollos legales que se han construido en relación con una temática, para obviarlos en una situación jurídica determinada.

Conclusiones

Colombia como Estado de derecho ha configurado al aborto como una conducta punible en los diferentes códigos penales que han existido desde el siglo XIX hasta nuestros días y encontramos que su tipificación quedó reducida a la relación directa entre procedimiento médico y el consentimiento, tanto de la gestante como del personal médico. Sin embargo, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-355 de 2006, despenalizó el aborto en tres situaciones fácticas, sustentando la decisión a partir del derecho fundamental de la autonomía reproductiva. El concepto de la autonomía de la voluntad es el pilar, jurídicamente hablando, sobre el cual se condiciona la consecución de derechos y la

adquisición de obligaciones (temática propia del código civil colombiano) encontrando que esta figura jurídica puede resultar afectada o diezmada a partir de situaciones externas o internas del sujeto de derechos. Esta temática es tratada legalmente a partir de la ley 1306 de 2009 donde se determinó la necesidad de aplicar procedimientos médicos y jurídicos que permitan definir con claridad, no sólo la capacidad mental de la persona, sino también las posibilidades para poder ejercer su autonomía de la voluntad en la consecución de derechos. Este es un procedimiento que la Corte Constitucional no ha tenido en cuenta al momento de fijar los requisitos frente a la afectación mental ocasionada por causa del embarazo, más cuando la misma corte estableció que tal discapacidad ponía en peligro la vida de la gestante, eventualidad que pueden viciar el consentimiento y de por sí anular la voluntad contenida en la decisión de acogerse al procedimiento de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Este vacío jurídico hasta el día de hoy está desprovisto de una postura clara en las decisiones jurisprudenciales constitucionales, que solo fijaron decisión frente a la posibilidad de abortar cuando el embarazo ponga en peligro la salud mental de la mujer pero nunca determinaron qué acciones tomar frente a la afectación de la autonomía para tomar la decisión de interrumpir el embarazo.

Bibliografía:

Archivo histórico Santander – Universidad Industrial de Santander, página web: https://archive.org/details/codigo_penal_colombiano_1890, 22 de enero de 2009, Bucaramanga.

Barreto L. (1890). *Prontuario de Medicina Legal y Jurisprudencia Médica*. Bogotá: La Comercial.

Bambach Salvatore, M. V. (1993). *III Cláusulas abusivas*. Chile: Jornadas de derecho privado.

García Vásquez, P. A. (2014). *El consentimiento, su formación y sus vicios*. Envidado, Colombia: Institución Universitaria de Envigado.

Medina Mora, M. E., Sarti Gutiérrez, E. J. y Real Quintanar, T. (2015). *La Depresión y otros trastornos psiquiátricos*. México: Academia Nacional de Medicina.

Código Penal Colombiano [CPC]. Ley 19 de 1890.

Código Penal Colombiano. [CPC]. Ley 95 de 1936.

Código Penal Colombiano. [CPC]. Ley 100 de 1980.

Código Penal Colombiano. [CPC]. Ley 599 de 2000.

Código Civil Colombiano. [CPC]. Ley 57 de 1887.

Ley 1306 de 2009, Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados.

Bernate Ochoa, F. (2016). A propósito de una nueva reforma al delito de aborto. *Revista Nova et Vetara*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (24 de noviembre de 2014). Sentencia 07001-23-31-000-2008-00090-01 (37747). [MP Enrique Gil Botero].

Sentencia C-355 de 2006, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-388 de 2009, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia C-341 de 2017, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia SU-096 de 2018, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia C-1194 de 2008, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-509 de 2016, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-1021 de 2003, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-1019 de 2006, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-560 de 2007, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-492 de 2012, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-043 de 2015, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-195 de 2016, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-585 de 2010, Corte Constitucional de Colombia.

LA INCIDENCIA DESDE LA PRINCIPALÍSTICA DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Iván Santos Ballesteros

Ruth Adriana Ruiz Alarcón

Bucaramanga, junio 5 de 2019

INTRODUCCIÓN

El actual estatuto procesal civil, el Código General del Proceso en su artículo 1º señala que su objeto será el de regular la actividad procesal “en los asuntos civiles, comerciales agrarios y de familia”, que constituyen algunas de las especialidades de la jurisdicción ordinaria, mientras que las controversias surgidas de lo laboral y de seguridad social deberán dirimirse en conformidad con el Código del Trabajo y de la Seguridad Social, tal como lo señala la Ley 712 de 2001.

Con la vigencia de ambos códigos surge el interrogante en torno a la autonomía del Derecho procesal laboral. Al respecto, se han planteado algunos criterios, como, por ejemplo, el que señala la unidad del derecho procesal, y por consiguiente no goza de dicha autonomía. Un segundo criterio considera que como este derecho es de carácter social, no se encuentra relacionado con otras disciplinas del derecho procesal. Por último, el que estima que el derecho procesal del trabajo conserva una autonomía relativa, en consideración a sus antecedentes históricos, a algunos principios y reglas técnicas comunes a los dos estatutos procesales (CGP), y a aplicación analógica de este, y en su defecto, las norma del primero de ellos por remisión, tal como lo señala el artículo 145 del Estatuto procesal del trabajo.

Es importante recordar que el Decreto 1762 de 1956, al suprimir el Tribunal Supremo del Trabajo, y crear la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, socavó la autonomía de la jurisdicción laboral. Posteriormente la Ley 712 de 2001 procuró retornar a la escrituralidad, pero con la reforma de

la Ley 1149 de 2007 se buscó materializar la oralidad, afianzando la *analogía legis*, previendo como normas suplementarias las disposiciones civiles o generales, algunas contrapuestas entre sí. Sin embargo, la aplicación de las reglas de la hermenéutica ha logrado que los objetivos perseguidos en la normatividad laboral no se desdibujen ante las confrontaciones normativas.

De ahí que se deje planteado en este escrito el hecho de que no se puede sostener la plena autonomía del derecho procesal del trabajo y la seguridad social, en la medida en que se debe acudir al Código General del Proceso, en lo no regulado, en razón a que el CPTSS, no reglamentó la totalidad de los procedimientos y actividades necesarias en el procedimiento laboral, haciendo necesario utilizar los avances técnicos y científicos recogidos en el CGP Lo anterior, teniendo en cuenta que no se puede aplicar en su integridad el Código General del Proceso, ya que ello implicaría la negación de los principios y objetivos del derecho sustantivo y procesal del trabajo, tan difícilmente elaborados en las leyes sociales e implementados en la práctica judicial por los jueces laborales.

El presente artículo se ha orientado al estudio de las incidencias del CGP en el Derecho Procesal del Trabajo, atendiendo a la aplicación de los principios del Derecho procesal civil y reglas técnicas del procedimiento en contraste con los principios propios del Derecho procesal laboral.

Se optó por utilizar la expresión *principios del Derecho procesal civil* en armonía con el CGP, artículo 12 (vacíos y deficiencias del código). Dichos principios tienen el carácter de universales, a diferencias de las reglas técnicas, que vienen a constituirse en postulados que no alcanzan las dimensiones de los principios, pero que sirven de guía al sistema procesal. Estas reglas técnicas siempre tienen el carácter contradictorio entre sí y se adaptan a los sistemas procesales vigentes atendiendo a los aspectos históricos, sociales, políticos y culturales de un determinado país.

Palabras clave: Principios procesales, Procedimiento laboral, Procedimiento Civil, Autonomía del Derecho Procesal Laboral, Principio del Derecho Procesal Civil.

THE INCIDENCE OF THE GENERAL CODE OF THE PROCESS IN THE CODE OF LABOR PROCEDURE AND SOCIAL SECURITY, FROM THE LEGAL PRINCIPLES POINT OF VIEW

The current civil procedural statute, the General Code of the Process in its article 1 stipulates that its purpose will be to regulate the procedural activity “in civil, commercial, agrarian and family matters”, which constitute some of the specialties of the ordinary jurisdiction, While disputes arising from labor and social security must be settled in

accordance with the Labor and Social Security Code, as stated in Law 712 of 2001.

With the validity of both codes, the question arises about the autonomy of labor procedural law. In this regard, some criteria have been raised, such as, for example, the one that indicates the unity of procedural law, and therefore does not enjoy said autonomy. A second criterion considers that as this right is of a social nature, it is not related to other disciplines of procedural law. Finally, the one that considers that procedural labor law retains relative autonomy, in consideration of its historical antecedents, some principles and technical rules common to the two procedural statutes (CGP), and its analogical application, and failing that, the norms of the first of them by reference, as indicated in article 145 of the Labor Procedure Statute.

It is important to remember that Decree 1762 of 1956, by abolishing the Supreme Labor Court, and creating the Labor Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice, undermined the autonomy of the labor jurisdiction. Subsequently, Law 712 of 2001 tried to return to scripturality, but with the reform of Law 1149 of 2007, it was sought to materialize orality, strengthening the analogy legis, providing as supplementary norms the civil or general provisions, some opposed to each other. However, the application of the rules of hermeneutics has achieved that the objectives pursued in labor regulations are not blurred in the face of normative confrontations.

Hence, the fact that the full autonomy of the procedural law of labor and social security cannot be upheld in this writing, insofar as the General Code of Process must be used, in the unregulated, in reason for the CPTSS. It did not regulate all the procedures and activities necessary in the labor procedure, making it necessary to use the technical and scientific advances contained in the CGP. The above, taking into account that the General Code of the Process cannot be applied in its entirety, since this it would imply the denial of the principles and objectives of substantive and procedural labor law, so difficult to elaborate in social laws and implemented in judicial practice by labor judges.

This article has been oriented to the study of the incidents of the CGP in the Procedural Labor Law, attending to the application of the principles of civil procedural law and technical rules of the procedure in contrast to the principles of the procedural labor law.

It was decided to use the expression principles of civil procedural law in harmony with the CGP, article 12 (gaps and deficiencies in the code). These principles have the character of universal, unlike the technical rules, which come to constitute postulates that do not reach the dimensions of the principles, but that serve as a guide to the procedural system. These

technical rules are always contradictory to each other and are adapted to current procedural systems taking into account the historical, social, political and cultural aspects of a given country.

Keywords: Procedural Principles, Labor Procedure, Civil Procedure, Autonomy of Labor Procedural Law, Principle of Civil Procedural Law.

1. Reglas de hermenéutica que determinan la autonomía del Derecho procesal laboral

1.1. Unicidad y armonía.

Esta regla atiende a que el Derecho debe interpretarse con unicidad: la contradicción entre muchas de sus disposiciones requiere que el intérprete integre las normas partiendo de la premisa de que el Derecho es uno solo, y por consiguiente, este debe integrarse a partir de la Constitución Política. La unicidad exige al intérprete y juzgador aplicar las normas, de manera integral y armónica, tomando cada estatuto jurídico e integrarlo como una unidad jurídica, de tal manera que no pueda extraerse una disposición para enfrentarla a otra, ni un estatuto para desconocer al otro.

1.2 Integración.

Esta regla señala que se pueden dar dos interpretaciones sobre una norma o un conjunto de normas y que deberá atenderse a aquella que favorezca ampliamente a sector o sectores de la población, dejando en segundo lugar a la que produzca mayores exclusiones.

1.3 Inescindibilidad o conglobamento

Esta regla de hermenéutica hace referencia a cuando se presenta conflicto entre las normas se aplique la más favorable en su integridad y no se tome solamente lo más favorable dejando de aplicar el resto de ella que no satisfaga el interés propio. La Corte Suprema de Justicia, Sala laboral así lo ha contemplado en diversos fallos, señalando que en casos donde se presente un conflicto entre dos normas laborales o de seguridad social, se aplicará en su integridad aquella que resulte más beneficiosa al trabajador¹.

1 Se consideró que dicho principio se presenta en caso de duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo y de la seguridad social, cuyas características primordiales son que: "(i) la duda surge sobre la aplicación de dos o más normas, entendidas éstas como "un enunciado hipotético al cual se enlaza una determinada consecuencia jurídica"; (ii) las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor; (iii) deben regular la misma situación fáctica, y (iv) al emplearse, debe respetarse el principio de la inescindibilidad o conglobamento, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza íntegramente, sino como un todo, como un cuerpo o conjunto normativo". (M.P. Ernesto Molina, 2011)

1.4 El legislador no se repite.

Se parte del supuesto de que la normatividad integra un sistema donde no pueden coexistir ni normas incompatibles ni repetidas. Cada norma tiene significado y objetivo propio y autónomo. De ahí, que en el Derecho procesal laboral, si ya existe una disposición especial para una actuación o procedimiento el trabajo o la seguridad social y el mismo Código General del Proceso establece que su ámbito solo abarca los campos civil, comercial, agrario y de familia, es obvio que no deroga, ni siquiera tácitamente, las disposiciones del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues jamás persiguió ese efecto y, si pretendió hacerlo, se estaría renunciando a la declaración de su artículo.²

1.5 Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.

Este aforismo prohijado por el Derecho moderno indica que donde la ley no distingue, no le es dable al intérprete hacerlo. Esta es una de las reglas de mayor dominio en el manejo del derecho que también implica, al contrario de lato sensu, que donde la ley distingue no puede el juzgador dejar de hacerlo³.

2. Principios del Derecho procesal civil. Reglas técnicas del procedimiento y principios del Derecho procesal del trabajo

2.1. Principios del Derecho procesal civil

La palabra *principio*, derivada del latín *principium* significa lo que viene de primero en su origen. Constituyen normas generales de donde se deducen reglas jurídicas.

² Artículo 622. Modifíquese el numeral 4 del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual quedará así: “Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”.

³ En la sentencia se ve plenamente aplicada esta regla de interpretación con respecto de la norma en estudio, Acto Legislativo 05 de 2011: “por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones, donde aduce para el efecto, la carencia de iniciativa constituyente en cabeza de los Ministros, basado en el hecho de que la Constitución contiene una atribución expresa de representación gubernamental para la iniciativa legislativa en cabeza de los Ministros, pero no de iniciativa constituyente. Al respecto la Corte considera que “no le asiste razón al demandante pues si bien la Constitución contiene una atribución expresa de representación gubernamental para la iniciativa legislativa en cabeza de los Ministros, y no una atribución similar para la iniciativa constituyente, resulta plenamente aplicable al tema, el principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete, no resultando jurídicamente viable deducir, por esta vía, reglas constitucionales implícitas que contrarían el texto mismo del artículo 208 Superior, cuyo mandato general de vocería gubernamental no establece tal diferenciación (M.P. María Victoria Calle Correa, 2012, C-317/12).

Se entiende por principio “la base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia. Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”⁴.

Las normas procesales no se encuentran consagradas de forma caprichosa, ni constituyen el resultado de la intención del legislador. Por el contrario, vienen a ser reflejo de algunas orientaciones que se estiman como valiosas y posibles para regir una comunidad, que responden a ciertos factores de contenido histórico, político, económico y social, como influyentes sobre el derecho sustantivo a cuyo servicio se encuentra el proceso.

De ahí que se entienda por principios procesales “aquellas directivas generales en las que se inspira un ordenamiento procesal” (Arazi, 1991, p.133). Surge como características de los principios su permanencia en el tiempo, inmutabilidad, de no admitir contrarios, además de su aplicabilidad a todos los procesos. La institución de los principios se distingue de las simples reglas de procedimiento. Estos últimos entendidos como postulados que se adaptan al proceso en un determinado momento histórico, cultural, político y religioso de un determinado país. Este es el criterio que acoge la doctrina colombiana (López, 2007; Osorio, 2014).

2.1.1 Obligatoriedad de la ley

Las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser objeto de derogación, modificación o suspensión, por funcionario o particulares, salvo autorización expresa de la ley (artículo 6º del CGP). Solo de manera excepcional se les concede a las partes algunas facultades relacionadas con renuncia a ciertos trámites o beneficios, como ciertos traslados, cobro de costas, etc. (Devis, 2000, p.39). Este principio es también aplicable en materia procesal laboral.

2.1.2 Contradicción

Denominado también de bilateralidad o de controversia, exige que las partes sean oídas antes de que el juez tome una decisión. Este principio opera en los procesos contenciosos. Dentro de los actos procesales relacionados con su aplicación se consagran los de comunicación, de tal forma que las partes puedan contar con oportunidades para ser oídas (traslado de la demanda) para aportar pruebas (con la demanda y el escrito de su contestación). También para impugnar providencias del juez (apelación de la sentencia proferida en el curso de la audiencia e instrucción y decisión en los procesos verbales), de las que pueden llegar a causar perjuicio a alguna ellas. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 29 de la CP, y en íntima relación con el derecho al debido proceso y a una efectiva defensa. El mencionado principio responde a una exigencia de or-

4 <http://www.rae.es>.

den constitucional encaminada al aseguramiento de la inviolabilidad de la defensa de personas y de sus derechos, expresado con el brocardo *auditir et altera pars* [oígase a la otra parte] (Arazí, 1991, p.143). Esto también se aplica en el Derecho procesal del trabajo conforme a los artículos 25 y 31 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social.

2.1.3 Buena fe y lealtad procesal

Las actuaciones desarrolladas por las partes dentro del proceso deben estar en consonancia con los postulados de la buena fe y la lealtad, para que aquellas no incurran en actuaciones fraudulentas o conductas temerarias que lleguen a desnaturalizar la verdad y la justicia. De ahí que el numeral 3º, artículo 42 del CGP, señale que constituye deber del juez “prevenir, remediar y sancionar los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deberá observarse en el proceso, al igual que toda tentativa de fraude procesal”, y que el numeral 2º, artículo 43 referente a los poderes de ordenación e instrucción, disponga que el juez deberá “rechazar cualquier solicitud que considere notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta”, al igual que con sus poderes de corrección, el juez deberá “sancionar con arresto inmutable hasta por el término de quince días a quien impida u obstaculice el normal desarrollo de una audiencia o diligencia” (num. 1º, art. 44).

En materia procesal laboral, al igual que en civil, se acoge este principio prescribiendo que:

Las partes deberán comportarse con lealtad y probidad durante el proceso, y el Juez hará uso de sus poderes para rechazar cualquier solicitud o acto que implique una dilación manifiesta o ineficaz del litigio, o cuando se convenza de que cualquiera de las partes o ambas se sirven del proceso para realizar un acto simulado o para perseguir un fin prohibido por la ley (CPT, art. 49).

De manera general se materializa este principio en los artículos que reglamentan los requisitos de la demanda y contestación de la misma (artículos 25 y siguientes del CPT), en los que se pretende que al momento de trabar la litis se haya determinado de manera transparente el conflicto. Asimismo, frente a la proposición de excepciones, cada parte conoce los fundamentos de hecho y de derecho, razón por la cual el juez puede descartar toda excepción que carezca de este requisito, salvo en aquellos casos en que la ley ha previsto que procede la decisión oficiosa por parte de los jueces, conforme a lo expresado en el CGP⁵

5 Artículo 282: “En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”.

2.1.4 Igualdad de las partes

Principio consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, donde se señala que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, que recibirán la misma protección y trato de las autoridades. La norma se proyecta en la expresión de que el juez debe emplear sus deberes para “hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga” (num. 2º, art. 42).

Por su parte, el Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social ha logrado avances en este principio con el fin de lograr la igualdad de oportunidades a las partes en el proceso laboral. Lo anterior puede observarse en temas como la competencia, en razón de la cuantía, en donde la Corte Constitucional en su labor garantista mediante sentencia C-154 de 2000 declaró inexecutable el artículo 12 del CPT, en el que discriminaba en materia de doble instancia cuando no hubiere juez laboral del circuito en dicho municipio. Posteriormente esta norma fue modificada por el artículo 46 de la Ley 1395 de 2010, al expresar que:

Los jueces laborales de circuito conocen en única instancia de los negocios cuya cuantía exceda del equivalente a veinte (20) veces el salario mínimo legal mensual vigente, y en primera instancia de todos los demás. Donde no haya juez laboral de circuito, conocerá de estos procesos el respectivo juez de circuito en lo civil.

También se eliminó la doble oportunidad de proponer excepciones previas y pedir pruebas en la primera audiencia⁶ sin tener que contestar la demanda. Solo se podrán formular excepciones en la contestación de la demanda, ello conforme a la reforma artículo 1 de la Ley 1149 de 2007.

Un aspecto que refleja la aplicación del principio de igualdad de oportunidades en el proceso laboral lo desarrolla el artículo 54-A del CPT y SS sobre presunción de autenticidad de los documentos, originales o reproducciones simples emanadas de las partes. La anterior norma fue derogada por el último inciso del artículo 244 del CGP: “Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones”. La regulación sobre la prueba documental que consagra el Código General del Proceso es más progresiva y moderna que el artículo 54 referido, pues aquel establece la presunción de total autenticidad con inclusión de los documentos que se pretendan valer como títulos ejecutivos.

Sin embargo, lo anterior genera incertidumbre acerca de si esta derogatoria de la normativa laboral afecta el valor probatorio de la prueba docu-

6 El texto original del artículo 32 CPL y SS señalaba que:

El demandado deberá proponer, en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, todas las excepciones que crea tener en su favor. El Juez decidirá de las dilatorias en dicha audiencia. Si el asunto fuere de puro derecho. Si hubiere hechos que probar, deberán presentarse las pruebas en el acto y el Juez resolverá allí mismo. Si el demandante solicitase la celebración de una nueva audiencia para contraprobar, el Juez, si lo considera conveniente, podrá decretarla. Esta audiencia deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes. Las excepciones perentorias serán decididas en la sentencia definitiva.

mental, pues si el depósito de la convención colectiva es una solemnidad *ad substantiam actus* o exclusivamente es un requisito de publicidad para la oponibilidad a terceros. Que dicho instrumento se suscriba por las dos partes, sindicato y empleador, adquiere plena validez, eficacia y obligatoriedad para ellos. Se considera zanjada dicha discusión, dando por hecho que el depósito de la convención es un requisito de publicidad.

Otro aspecto que evidencia el principio de igualdad de oportunidades lo constituye el hecho que equiparó a dos meses el término de caducidad de las acciones de fuero sindical (autorización para el levantamiento del fuero y el reintegro). La acción de reintegro de la que es titular el trabajador prescribía en dos meses y la de levamiento del fuero que disponía el empleador no tenía término expreso, criterio que aplica la doctrina más aceptada acerca de la regla general de la prescripción de tres años. Posteriormente, en la sentencia C-381/ 2000, dispuso que respecto del empleador debía instaurarse inmediatamente ocurriese la justa causa, generando aún más inseguridad.

2.1.5 Imparcialidad del juez

El juez civil o laboral es considerado como *tercero imparcial*, por lo que en el ejercicio de su función jurisdiccional debe actuar objetivamente, sin ningún vínculo con alguna de las partes que lo induzca a su favorecimiento. Para evitar la ruptura de este principio, el CGP, en sus artículos 140 a 147 consagra lo relativo a la declaración de impedimentos, cuando el juez, magistrados y conjueces adviertan la concurrencia de alguna de las causales de recusación consagradas en el artículo 142 citado, o cuando dicha causal es invocada por la parte afectada.

En materia laboral el juez como director del proceso “[...] asumirá la dirección del mismo adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite”, siendo imparcial durante la instrucción y finalización del proceso” (CPT, art. 48).

2.1.6 Economía procesal

Para este principio es válida la aplicación de la conocida frase de Chioven-da que recomienda la obtención del máximo resultado posible a partir del mínimo de esfuerzo. Hace referencia a los actos procesales, a las expensas o gastos que ellos impliquen. Más que un principio, constituye una serie de principios, puesto que, por conducto de estos, el de la economía procesal cumple su cometido (Azula, 2002, p.78⁷).

En el Derecho procesal laboral se busca cumplir este principio, en primer lugar, al contemplar, en el proceso ordinario de única instancia, el agotamiento de todas las actuaciones procesales previstas para esta clase de procesos en una sola audiencia.

⁷ Ver 2.1.6.1 a 2.1.6.4 (del presente texto).

En el día y hora señalados, el juez oír a las partes y dará aplicación a lo previsto en el artículo 77 en lo pertinente. Si fracasara la conciliación, el juez examinará los testigos que presenten las partes y se enterará de las demás pruebas y de las razones que aduzcan. Clausurado el debate, el juez fallará en el acto, motivando su decisión, contra la cual no procede recurso alguno. (CPT, art. 72)

El caso del proceso ordinario de primera instancia se reduce a dos audiencias, “una de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio; y otra de trámite y de juzgamiento” (CPT, art. 44). El juez practicará las pruebas, dirigirá las interpelaciones o interrogaciones de las partes y oír a las alegaciones de estas⁸. Asimismo, en el artículo 45 del mismo código se prevé que:

Antes de terminar la audiencia el juez señalará fecha y hora para efectuar la siguiente, esta deberá ser informada mediante aviso colocado en la cartelera del Juzgado en un lugar visible al día siguiente. Las audiencias no podrán suspenderse, se desarrollarán sin solución de continuidad dentro de las horas hábiles, hasta que sea agotado su objeto, sin perjuicio de que el juez como director del proceso habilite más tiempo. (CPT, art. 45)

Por su parte, el artículo 80 señala que en ningún caso podrán celebrarse más de dos (2) audiencias: “Los testigos serán interrogados separadamente de modo que no se enteren del dicho de los demás. En el mismo acto dictará la sentencia correspondiente o podrá decretar un receso de una (1) hora para proferirla y se notificará en estrados”.

Otras actuaciones relacionadas con la efectividad de la economía procesal, se pueden entender con el ejemplo del nombramiento del curador ad *litem* y el emplazamiento del demandado (CPT, art. 29), ya que el proceso sigue su curso pero no se dicta sentencia hasta que no surta efecto el emplazamiento.

En el caso de la etapa obligatoria de conciliación se señala el deber del juez de examinar la actuación antes de la audiencia, así como el de las partes de asistir a la misma. La inasistencia de alguna de las partes genera consecuencias procesales adversas⁹.

8 “Las audiencias serán de conciliación, de trámite y de juzgamiento” (CPT, art. 44).

9 Artículo 77. Audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio. Artículo modificado por el artículo 11 de la ley 1149 de 2007. En la audiencia de conciliación se observarán las siguientes reglas:

Si antes de la hora señalada para la audiencia, alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para celebrarla, la cual será dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha inicial, sin que en ningún caso pueda haber otro aplazamiento. Excepto los casos contemplados en los dos (2) incisos anteriores, si el demandante o el demandado no concurren a la audiencia de conciliación, el juez la declarará clausurada y se producirán las siguientes consecuencias procesales: 1. Si se trata del demandante se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito. 2. Si se trata del demandado, se presumirán ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión. Las mismas consecuencias se aplicarán a la demanda de reconvencción. 3. Cuando los hechos no admitan prueba de confesión, la no comparecencia de las partes se apreciará como indicio grave en su contra. 4. En el caso del inciso quinto de este artículo, la ausencia injustificada de cualquiera de los apoderados dará lugar a la imposición de una multa a favor del Consejo Superior de la Judicatura, equivalente a un (1) salario mínimo mensual vigente.]

2.1.6.1 Concentración

Este principio tiende a que el trámite procesal se realice en el menor tiempo y procurando la decisión de varias actuaciones procesales en una misma providencia. Se denomina *principio de concentración* a aquel que pugna por aproximar los actos procesales unos a otros, concentrando en breve espacio de ellos (Couture, 1981, p.199). El CGP en varias de sus normas desarrolla este principio, como en la decisión oficiosa de algunas excepciones perentorias o de mérito en la sentencia (282); el trámite y decisión de la demanda inicial y la de reconvencción. El proceso verbal, en el desarrollo de la etapa o fase oral, aplica adecuadamente este principio y en cualquiera de sus dos audiencias. En la inicial, el juez decide las excepciones previas cuando sea viable la solicitud y práctica de pruebas, interroga en forma exhaustiva a las partes, se surte dentro de ella la actuación conciliatoria, realiza el control de legalidad, y requiere a las partes y apoderados para la fijación de hechos y pretensiones (372). Luego señala el desarrollo de la audiencia de instrucción (práctica de pruebas), alegaciones y la decisión de la controversia.

En el procedimiento laboral se evidencia este principio mediante varias actuaciones procesales. En primer lugar, en los casos de los artículos 26 y 31 del CPT, al prescribir que con la presentación de la demanda o en el escrito de contestación de la misma deberán anexarse las pruebas documentales que se encuentren en poder del demandante o el demandado. Se pone fin a prácticas indebidas como auto-oficiarse o de reservarse la entrega de documentos al final del debate probatorio.

Asimismo, se presenta este principio en las disposiciones que prescriben la grabación de lo actuado y el acta de los procedimientos de única y de primera instancia. También puede presentarse en la audiencia especial en procesos de levantamiento del fuero o reintegro, al contemplar el saneamiento del proceso y fijación del litigio, salvo en la etapa de conciliación, tal como lo señalan las sentencias C-160 de 1999 y C-381 de 2000.

2.1.6.2 Eventualidad

Principio relacionado con la preclusión al tomar como referente las fases o términos del proceso. Tiene aplicación cuando, dentro de una determinada fase, procede la realización de varias actuaciones a cargo de una de las partes, no en forma sucesiva sino simultánea. Esto pasa, por ejemplo, en el caso de impugnación de una providencia y esta es susceptible del recurso de reposición como principal o el de apelación subsidiariamente (o ambos). El inciso 2º (CGP, art. 322) alude a la oportunidad y requisitos para la interposición del recurso de apelación contra autos, el cual podrá interponerse de forma directa o en subsidio del de reposición.

Al igual que en materia procesal civil, en laboral se impone a las partes el deber de aportar de una sola vez todos los medios de ataque y defen-

sa. Se obliga al demandante y al demandado a que manifiesten desde un principio no solo los hechos sino las pruebas que fundamenten sus pretensiones.

2.1.6.3 Saneamiento

Este principio hace referencia al caso de una actuación afectada de nulidad cuando se da la posibilidad de su convalidación por la parte en cuyo favor se consagra. El artículo 136 del CGP, consagra cuatro casos de saneamiento de nulidades:

1. Cuando la parte que podía proponerla no lo hizo en forma oportuna, o actuó sin proponerla.
2. Cuando la parte afectada la convalidó expresamente antes de renovarse la actuación anulada.
3. Cuando la nulidad tiene origen en la interrupción o suspensión del proceso y no sea alegada dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que hubiere cesado la causa.
4. Cuando, no obstante estar viciado el acto procesal, cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa.

Por su parte, el Código de Procedimiento Laboral señala que el juez “adoptará las medidas que considere necesarias para evitar nulidades y sentencias inhibitorias” (CPL, art. 77, par 1, num.2).

2.1.6.4 Gratuidad

La administración de justicia es un servicio que corresponde al Estado, tal como lo señala el artículo 10 del CGP, para cuyo efecto debe sufragar los gastos de mantenimiento de las instalaciones, suministrar los elementos necesarios y remunerar a sus servidores, entre otros. La misma norma citada señala que de este servicio a cargo del Estado se excluye el arancel judicial y las costas procesales, honorarios de peritos, secuestres, costos de diligencias, etc., los cuales recaen sobre las partes, según el resultado y la finalidad de cada actuación en particular.

Por ser el derecho laboral un derecho protector de los derechos del trabajador y de los usuarios de la seguridad social, busca hacer menos onerosas las actuaciones que se deban adelantar y por tanto no hay cobros de secretaría, aranceles o portes por los correos nacionales, ni caución en los procesos ejecutivos. Sin embargo, este principio no es absoluto, pues la notificación de la demanda, los honorarios de peritos deben ser sufragados por la parte que lo solicite o a quien beneficie, o cuando el juez lo disponga por ser de oficio, o la condena en costas, entre otros.

2.1.7 Eficiencia y eficacia

Estos dos principios se encuentran reflejados en el CGP. Con el primero se procura obtener resultados satisfactorios con la aplicación de las normas procesales, y en virtud del segundo de ellos se busca la protección efectiva de los derechos reclamados por las partes mediante los procesos regulados por sus normas (Bujosa, 2012).

El CGP, acoge el principio constitucional relacionado con la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones de sus jueces (art. 228). Sobre la interpretación de las normas procesales: “Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial” (CGP, art. 11).

Con la incorporación a las normas procesales de los avances tecnológicos, en especial de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) se busca facilitar la aplicación de los anteriores principios, al igual que la celeridad y efectividad de la tutela jurisdiccional, y la agilización del acceso a la justicia. Es posible el otorgamiento de poder especial mediante mensaje de datos con firma digital (CGP, art. 74). Las demandas presentadas en mensajes de datos no requerirán de firma digital, a la que se refiere la Ley 527 de 1999. “En tales casos bastará la identificación del suscriptor con su nombre y documento de identificación en el mensaje de datos” (CGP, par. 2, art. 82.). En cuanto a la presentación de la demanda, señala el acompañamiento de copia de la demanda para archivo del juzgado, y agrega: “Donde se haya habilitado el Plan de Justicia Digital, no será necesario presentar copia física de la demanda” (CGP, art. 89).

El traslado de la demanda podrá surtirse con la entrega, en medio físico o como mensaje de datos, con copia de la demanda y sus anexos a la parte demandada (CGP, art. 91, inciso 2); para facilitar el acceso a la justicia y ampliar su cobertura deberá procurarse, en todas las actuaciones judiciales, el uso de la tecnología de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales. Las autoridades judiciales deberán emplear mecanismos que procuren generar, archivar y comunicar mensajes de datos (CGP, art. 103, incisos 1-2). Las partes y demás intervinientes podrán participar en la audiencia a través de teleconferencias o videoconferencias, o por cualquier otro medio técnico, siempre que por causa justificada medie autorización del juez, tal como lo señala el parágrafo primero, artículo 107 del CGP.

2.2 Reglas técnicas del procedimiento

Estas reglas técnicas vienen a ser postulados que se aplican en el campo del Derecho procesal y que lo individualizan, de acuerdo a su momento histórico, político, cultural y religioso de un país:

Por ello, mientras los principios orientan la regulación positiva y mediante su aplicación se busca que la secuencia, por ejemplo esté dirigida por un sujeto imparcial, que se desenvuelve expeditamente, que mantenga la bilateralidad de la instancia y la eficiencia de sus fases; las reglas técnicas ofrecen posibilidades que pueden ser contradictorias: invariar instancias orales o escritas, facultades de disposición o de indisponibilidad, de impulsión de parte o de oficio, etcétera.... Debe, pues, entenderse por principio técnico la orientación en cualquier invariación que ofrezca una solución más adecuada. Según la materia a invariar se hablará de técnicas procesales, procedimentales y hasta parcialmente de técnicas de la prueba, de la sentencia, de la demanda y demás (Briceño, 1968, citado por Gómez, 1990, p.341).

Mientras que los principios del derecho procesal en general presentan como características su universalidad, perpetuidad y el ser absolutos, las reglas técnicas del procedimiento, por el contrario no son universales porque, como se ha indicado, su aplicación depende de las condiciones cambiantes, como las políticas, económicas, culturales y jurídicas. Estas no son perpetuas, teniendo en cuenta que pueden variar con una reforma legislativa, y no son absolutas sino binarias, pues admiten la posibilidad de que existan contrarios (Ramírez, 2009, p.61).

2.2.1 Reglas técnicas dispositivas e inquisitivas

Estas reglas se aplican en atención al derecho controvertido, a las actuaciones desplegadas por el juez y las partes dentro del trámite del proceso.

2.2.1.1. Regla técnica dispositiva

- **Iniciación.** El proceso se inicia a petición de parte o mediante demanda, que constituye el acto de introducción procesal. De igual manera se presenta en materia procesal laboral.
- **Impulso procesal.** El proceso se desarrolla mediante la iniciativa de las partes. En materia laboral no, en la medida en que el Código de Procedimiento del trabajo y la seguridad social plantea el impulso de oficios del proceso. Se impone el deber al juez de realizar los actos y etapas procesales sin importar si las partes tienen el interés de participar o no. Busca además que el director del proceso, consiga por sus propios medios las pruebas para llegar a la verdad material y no esté sujeto a la verdad formal que resulte del proceso.

Este principio se concreta en el artículo 30 del CPTSS modificado por el artículo 17 de la Ley 712 de 2001, que establece el procedimiento en caso de contumacia, señalando que:

Cuando notificada personalmente la demanda al demandado o a su representante, no fuere contestada o ninguno de estos compareciere a las

audiencias, sin excusa debidamente comprobada, se continuará el proceso sin necesidad de nueva citación.

Si el demandante o su representante no concurrieren a las audiencias, sin excusa debidamente comprobada, se continuará el proceso sin su asistencia. Si no compareciere ninguna de las partes se seguirá la actuación sin asistencia de ellas. Todo lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 77.

Si se presentaren las partes o una de ellas antes de dictarse la sentencia, y el juez estimare justo el motivo de la inasistencia podrá señalar día y hora para la celebración de audiencia de trámite.

- **Carga de la prueba.** La demostración de los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda o que sustenten los medios de defensa corresponde a la parte que los invoque. Lo anterior no se opone a la exigencia de cumplir lo dispuesto en el artículo 177 del CPC¹⁰ como lo reclama la censura porque a la luz de este precepto, la Sala de Casación Civil, en materia de responsabilidad médica, sentencia del 13 de diciembre de 2002, ha acudido a la carga dinámica de la prueba como medio para distribuirla equitativamente. Con intención ilustrativa, pues no es una norma aplicable in casus, es deber del juez laboral velar por el equilibrio de las partes, bajo la Ley 1149 de 2006 que le impone al juez como director del proceso.

En materia laboral el principio de la carga dinámica de la prueba previsto en el artículo 167 del CPC se ha venido aplicando. Al respecto se puede traer a colación una providencia la Corte en la que el recurso de casación interpuesto por un empleador demandado decidió no casar la sentencia atacada que lo condenaba al reconocimiento de las pretensiones derivadas de la intermediación laboral alegada por el demandante y expleado. En esta oportunidad dijo esa entidad:

El principio de la carga dinámica de la prueba, indica que cuando un trabajador considere que no se le ha dado trato equivalente o igual, debe aportar el término de comparación de donde se deduzca el trato desigual, y le correspondería al empleador demostrar que el trato diferente es razonable y objetivo, con lo cual se invierte el onus probandi. (M. P. López, 2014)

- **Tema de la decisión.** El juez deberá fallar sobre lo que constituye el objeto de la controversia. Lo anterior significa que no puede fallar ni extra ni ultrapetita, lo que sí sucede en materia laboral como ya se señaló anteriormente.
- **Disponibilidad del derecho.** Las partes podrán disponer del derecho en litigio. Así, el actor puede terminar el proceso por acuerdo entre

¹⁰ La norma sobre la carga de la prueba se encuentra consagrada en el artículo 167 CGP.

las partes mediante la figura de la transacción (CGP, art. 312) o por el desistimiento de la demanda (art. 314), etc. Igualmente se presenta en materia laboral, salvo que se trate de derechos laborales irrenunciables.

2.2.1.2 Regla técnica inquisitiva

- Actuación procesal. La iniciación, impulso y decisión corresponde al Estado.
- El juez debe conseguir los medios de prueba que sean necesarios para la demostración de los hechos.

2.2.1.3 Las reglas técnicas dispositiva e inquisitiva en el CGP

No se consagra un sistema procesal dispositivo o inquisitivo o en su forma pura. De ahí que el CGP y el Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social contemplen la aplicación de ambas reglas. La Seguridad Social con relevancia en lo relacionado con la producción de la prueba y el impulso procesal, sin eliminación de la primera, pues se sigue aplicando, como regla general, lo relativo a la iniciación de los procesos mediante la formulación de la demanda y a que las pretensiones y las excepciones delimitan el poder decisorio del juez.

1. Regla técnica dispositiva

- Iniciación del proceso. El CGP en lo consiguiente a la iniciación de los procesos consagra como regla general “Los procesos solo podrán iniciarse a petición de parte, mediante la formulación de la correspondiente demanda, salvo aquellos que la ley autoriza promoverlos de oficio” (CGP, art.8). Los casos de excepción (facultad oficiosa del juez para su iniciación) tienen lugar en los procesos de protección de la vida del nasciturus (art. 91), privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad, remoción de guardador y privación de la administración de los bienes del hijo (art. 395), y de interdicción del discapacitado mental absoluto (art. 586, inciso 2). En materia procesal laboral en los negocios de única instancia no se requerirá demanda escrita. Propuesta verbalmente se extenderá un acta en que consten: los nombres y domicilios del demandante y demandado; lo que se demanda y los hechos en que se funda la acción. En la misma diligencia, que se firmará por el Juez, el demandante y el secretario, se dispondrá la citación del demandado para que comparezca a contestar la demanda en el día y hora que se señale 25 y 70 del CPT.
- Congruencia de la sentencia. Implica esta regla que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones formulados en la demanda y en las demás oportunidades señaladas en este código, y con las excepciones alegadas y que aparezcan probadas cuando así lo

exige la ley. Como reflejo de esta regla se consagra la prohibición al juez de fallar *ultra* o *extra petita* (CGP, art. 281).

Esta regla técnica no aplica en el procedimiento laboral en la medida en que el juez puede fallar *ultra* y *extra petita*, conforme a lo prescrito en el artículo 50 del CPT¹¹:

El juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.

Este artículo encuentra su fundamento en un principio de orden constitucional y legal como es el de la irrenunciabilidad de los derechos y garantías que corresponde al trabajador, como consta en los artículos 53 de la CP y 14 del CST.

Esta facultad del juez no es arbitraria. Deben reunirse unos requisitos dentro del proceso. Si se trata de sentencia *extra petita*, los hechos que dan lugar a la decisión del juez deben haber sido discutidos en juicio y estar debidamente probados. En el caso de la sentencia *ultra petita* es necesario que aparezca que las sumas demandadas sean inferiores a las que corresponden al trabajador y que no le hubieren sido pagadas. En estos casos, el juez debe obrar con prudencia porque puede suceder que el trabajador no demande determinada prestación porque le fue satisfecha en su oportunidad, o que solicite el pago de un derecho en una cantidad inferior, en razón a que anteriormente se satisfizo el resto.

Sin embargo, el artículo 66-A, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, acoge el principio de consonancia con respecto al recurso de apelación frente autos y sentencias, señalando que “en la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.”. Lo anterior supone, claramente, que el apelante está conforme de forma tácita con los aspectos no apelados con la sentencia¹².

¹¹ Este artículo fue declarado exequible, excepto de primera instancia declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-662-98 del 12 de noviembre de 1998, MP Hernando Herrera Vergara. Y por tanto el juez de única, primera y segunda instancia pueden hacer uso de dicha facultad.

¹² En la sentencia C-070-10 se declara condicionalmente exequible la norma “en el entendido que las materias objeto del recurso de apelación tratándose de autos, incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador” (MP Mendoza, 2010). Asimismo, se declara condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-968-03 de 21 de octubre de 2003, “en el entendido que las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador” (MP Vargas, 2003).

Es de anotar, que el principio de congruencia no tiene un carácter absoluto e inmodificable, en especial, cuando los asuntos tratados en el proceso se relacionan con derechos fundamentales o personas que requieren una especial protección del Estado o manifiestan una desventaja frente a la otra parte. La Corte Suprema de Justicia (2010) al analizar la aplicación del principio de congruencia a los asuntos laborales sostiene que:

Si bien la norma establece la facultad *ultra y extra petita*, lo cual desde el punto de vista de Vintatonio (2011) da lugar a una incongruencia de naturaleza objetiva, los jueces laborales al igual que cualquier otro operador judicial, está obligado a dictar sentencias congruentes, salvo que dentro de ciertos requisitos y para una instancia determinada, la ley los releve expresamente de ello, tal cual acontece en materia laboral con la facultad de fallar *extra y ultra petita* [...] otorgada a jueces. (Corte Suprema, 2010)

Asimismo, la anterior providencia enfatiza que la congruencia es una regla general que orienta las decisiones judiciales, lo cual impone una obligación al juez para que la sentencia a dictar se encuentre dentro del marco de los planteamientos de las partes contenidas en los escritos de demanda y contestación. Entonces, una sentencia será consonante cuando el operador judicial ajuste su decisión a los postulados fijados en el mismo litigio. De ahí se infiere que el juez laboral está obligado a respetar los mismos límites definidos por las partes, y al otorgarle una facultad *ultra y extra petita* no indica que el juzgador pueda salirse de los hechos básicos a los que debe someterse.

2. Regla técnica inquisitiva

- Impulso del proceso. En cuanto al impulso procesal, este es propio del juez, y en caso de negligencia de su parte lo hará incurrir en las sanciones que la ley determine. No obstante lo anterior, en algunos procesos, la actuación no se surte de oficio, por lo que debe mediar solicitud de la parte interesada, tal como sucede en el proceso ejecutivo en su etapa del avalúo de los bienes, el que puede ser presentado por cualquiera de las partes y el acreedor que embargó remanentes, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del auto que ordena seguir adelante la ejecución, previa la práctica del embargo y secuestro, en la forma como lo consagra el artículo 444 del CGP. En este mismo trámite, y en la oportunidad que señala el artículo 448, si no se encuentra en firme la liquidación del crédito, el remate podrá ser solicitado por el demandante. Cualquiera de las partes se encuentra legitimada para formular dicha petición.
- Poder del juez para decretar y practicar pruebas
- El artículo 170 del CGP, faculta al juez para decretar y practicar prue-

bas en los probatorios del proceso y de los incidentes, y antes de fallar, cuando sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

- Poderes y deberes del juez. Se refieren a estos los artículos 42 (deberes); artículo 43 (poderes de ordenación e instrucción), y el artículo 44 (poderes correccionales del juez) del CGP, con los que se dota a los jueces de las herramientas necesarias como dirección de los procesos atentos a conjurar actuaciones de las partes y terceros, a evitar dilación de los procesos, etc.

En el procedimiento laboral el principio del impulso oficioso del proceso opera en varias actuaciones. Se consagra el procedimiento en caso de contumacia en el artículo 30 del CPT, señalando que cuando notificada personalmente la demanda al demandado o a su representante, no fuere contestada o ninguno de estos compareciere a las audiencias, sin excusa debidamente comprobada, se continuará el proceso sin necesidad de nueva citación. Por otra parte, si el demandante o su representante faltan a las audiencias sin excusa comprobada, se continuará el proceso sin su asistencia. Si no compareciere ninguna de las partes se seguirá la actuación sin asistencia de ellas. Todo lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 77 (audiencia obligatoria de conciliación, de decisión de excepciones previas, de saneamiento y fijación del litigio. Si no se presentan las partes o una de ellas antes de dictarse la sentencia y el juez estima justo el motivo de la inasistencia, podrá citar para la celebración de audiencia de trámite.

Asimismo, se contempla el archivo de demanda y de la demanda de reconvencción. Se restringe este principio en función de la celeridad y descongestión al plantearse el archivo del expediente o de la demanda de reconvencción cuando han transcurrido más de seis meses a partir del respectivo auto admisorio sin que se hubiere hecho gestión para su notificación.

2.2.2 Reglas técnicas de la escritura y la oralidad¹³

No se concibe un proceso que se rija exclusivamente por una u otra regla. De ahí que se consagren los procesos mixtos con preponderancia de la oralidad o de la escritura. La doctrina ha expresado algunas ventajas y

¹³ En materia de principios procesales es difícil la uniformidad de criterios. Lo anterior obedece a que no todos los autores entienden los principios procesales en el mismo sentido. La tendencia a denominar estos principios como estructurales o básicos resulta encomiable, dado que no se trata de señalar tendencias o escuelas o prácticas de signo contrario durante el desarrollo de los actos procesales cuando se presentan tales polaridades (oralidad-escritura, publicidad-secreto, etc.). En estos casos no se estaría, en rigor, frente a genuinos o principios estructurales del proceso (Gómez, 1999, p.342). La doctrina colombiana considera estas formas de desarrollar los actos procesales (escritura y oralidad) como reglas técnicas del procedimiento y no como principios procesales (López, 2005, p.121). No existe uniformidad en la doctrina al momento de abordar la publicidad y la oralidad en su tratamiento como principio, de acuerdo al artículo 42 del CPTSS, pues llega a considerarla como regla de procedimiento.

desventajas que comportan ambas reglas. Dentro de las ventajas de la regla de la oralidad se señala la de mayor celeridad, ya que insiste que en el proceso escrito se exige más tiempo, por los continuos traslados a las partes, etc. También la oralidad tiene mayor inmediación del juez con el material del proceso, mayor publicidad del mismo, teniendo en cuenta que el proceso oral es el que más se acomoda a este principio. En el proceso escrito, por otro lado, suele limitarse el acceso a los expedientes a las partes y apoderados, a algunos funcionarios públicos en razón de sus cargos, auxiliares de la justicia, etc. En el procedimiento oral hay mayor poder de dirección del proceso, evitándose así su dilación. También hay más moralidad procesal debido a que el procedimiento escrito, al extremar su aplicación, puede llevar a una multiplicidad de peticiones, incidentes, etc. La oralidad también tiene la ventaja de dar mayor participación a los apoderados, como sucede con sus intervenciones en audiencias. Con referencia a los argumentos favorables a la regla técnica de la escritura, se han señalado, entre otros, mayor seguridad, ya que, por ejemplo, las declaraciones de testigos y otras actuaciones en materia probatoria quedan incorporadas en actas y con mayor facilidad para su reexamen (Bacre, 1991, p.453).

Con la ley 1564 de 2012, el desarrollo del proceso verbal se surte en dos etapas plenamente definidas: una constituida con aplicación de la regla técnica de la escritura, la que comprende, la demanda, el traslado de la demanda o el de la reconvención, el traslado del llamamiento en garantía, resolución de excepciones previas cuando no exista decreto y práctica de pruebas, y la citación personal a las partes para que tenga lugar la audiencia inicial. La etapa o fase oral del proceso verbal se surte con el desarrollo de las dos audiencias, o una, cuando así lo determine la ley, o única en el caso del proceso verbal sumario (CGP, art. 368-373). Con esta etapa o fase se busca imprimir a estos procesos una mayor concentración, agilidad y eficiencia procesal.

En el procedimiento laboral, la oralidad se aprecia en el artículo 42 del CPTSS modificado por el artículo 21 de la Ley 712 de 2001, artículo modificado por el 3 de la Ley 1149 de 2007 así:

Las actuaciones judiciales y la práctica de pruebas en las instancias, se efectuarán oralmente en audiencia pública, so pena de nulidad, salvo las que expresamente señalen la ley, y los siguientes autos: Los de sustanciación por fuera de audiencia; Los interlocutorios no susceptibles de apelación; Los interlocutorios que se dicten antes de la audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones y fijación del litigio y con posterioridad a las sentencias de instancias.

En el nuevo precepto se incluye como elemento fundamental, la práctica de pruebas oralmente y en audiencia pública (Bedoya, 2018, p.38).

2.2.3 Regla técnica de las dos instancias

El CGP consagra esta regla en forma expresa al señalar que “los procesos tendrán dos instancias a menos que la ley establezca una sola” (CGP, art. 9). El fundamento de esta regla se encuentra en la organización jerárquica de la administración de justicia, con la finalidad de que, por regla general, todo proceso sea conocido por dos jueces de diferente jerarquía. Si los interesados así lo requieren en forma oportuna mediante la interposición del recurso de apelación, el que conocerá otro juez de mayor grado del que se infiere mayor conocimiento jurídico y experiencia, revisará las decisiones del inferior y corregirá los errores en que pudiera haber incurrido este último.

El CGP consagra para algunos procesos su trámite en única instancia tal como sucede con los verbales sumarios, en atención a su cuantía (mínima) según lo establece el parágrafo 1º del artículo 390. La doble instancia está prevista en los procesos ordinarios laborales cuya cuantía supera los 20 SMMLV, además de asuntos sin cuantía que están al conocimiento de los jueces laborales del circuito en los procesos de fuero sindical, entre otros.

2.2.4 Regla técnica de la conciliación¹⁴

Es importante destacar que en la institución de la conciliación deben diferenciarse dos aspectos: el primero relacionado con la producción, y el segundo vinculado con su contenido. El primero implica la actividad del juez, en cuanto su iniciativa e intervención en la celebración del acto al proponer fórmulas de avenimiento de acuerdo a su conocimiento y estudio analítico de la controversia. El segundo, la conciliación, es susceptible de participar de los otros modos anormales de conclusión del proceso (Bacre, 1991, p.294).

En el procedimiento laboral la conciliación es una etapa obligatoria del proceso ordinario laboral de única y de primera instancia, que no se puede pretermitir porque generaría una nulidad procesal.

¹⁴ El artículo 621 del CGP, modificó el artículo 38 de la Ley 640 de 2001, relacionado con la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en asuntos civiles. Cuando el asunto sea conciliable, esta deberá intentarse antes de acudir a la especialidad de la jurisdicción civil en los procesos declarativos (regla general), salvo los divisorios, los de expropiación, y aquellos donde se demande o deba citarse obligatoriamente a indeterminados (excepción). El parágrafo de la anterior norma se refiere a la no aplicación de la conciliación como requisito de procedibilidad, en el caso de solicitud de medidas cautelares en todos los procesos y en cualquier jurisdicción. La norma anterior confirma el carácter de regla técnica de la conciliación, posición doctrinaria expuesta por Parra (1992, p.5), acogida por López, (2005, p.125) y Azula (2002, p.82). Este último sostiene que la conciliación es elemento esencial para la solución de controversias, tanto en su momento preventivo (evitar procesos), como curativo (para ponerle fin al proceso).

2.2.5 Reglas técnicas de la inmediatez y mediación

La primera implica la actuación del juez junto a las partes, además del contacto personal y directo que debe imperar en la producción de la prueba. Los procesos verbales y sumarios verbales incrementan la aplicación de esta regla técnica en la fase o etapa de la oralidad, tal como se desprende del contenido de los artículos 372 y 373 del CGP. En la primera de las audiencias y en cualquiera de sus etapas, el juez exhortará de forma diligente a las partes con miras a conciliar sus diferencias, para cuyo efecto deberá proponer fórmulas de arreglo (CGP, num. 6, art. 372); interrogatorio exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso, y aún orden de careo; decreto y práctica de pruebas, de resultar posible en este estado de la audiencia; determinación de los hechos sobre los que exista acuerdo y susceptible de prueba por confesión, fijación del objeto litigioso (num. 7).

Dentro de las reglas que deben observarse para la audiencia de instrucción y juzgamiento se consagra el requerimiento del juez a las partes y apoderados para la determinación de los hechos sobre los cuales exista acuerdo y que fuere susceptible de prueba de confesión; nueva fijación del objeto del litigio (CGP, num. 2, art. 373); práctica del interrogatorio a los peritos, previa su citación a la audiencia, bien de oficio o a petición de parte; recepción de las declaraciones a los testigos presentes (art. 373, num. 3). Alegaciones de las partes en la forma señalada en el numeral 4. Proferimiento de la sentencia en forma oral conforme lo dispuesto en el numeral 5. Nuevo reflejo de la inmediatez tiene lugar en el proceso de deslinde y amojonamiento durante el desarrollo de la diligencia de deslinde, por lo que el juez recibirá declaración de testigos presentados por las partes, o que de oficio ordene el juez, examen de títulos, y oír al perito o peritos, todo ello para facilitar el señalamiento de la línea divisoria (art. 403).

En la práctica de pruebas en el proceso de pertenencia, el juez deberá practicar de forma personal una inspección judicial sobre el inmueble para la verificación de los hechos de la demanda y de la posesión que se alega y el hecho de la instalación de la valla. En esta diligencia el juez podrá practicar las pruebas que considere pertinentes, tal como lo dispone el numeral 9 del artículo 375.

En el caso del procedimiento laboral establece la obligatoriedad del juez de estar presente en todas las etapas, atender en la audiencia las solicitudes de las partes, proveer todos los elementos necesarios para el buen desarrollo del proceso y practicar personalmente las pruebas. De ahí que el artículo 52 del CPTSS. obligue la presencia del juez, para que logre un convencimiento personal sobre lo acaecido en el proceso con el fin de dictar un fallo adecuado. Debe obrar como director del proceso: “El juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite” (CPTSS, art. 48).

En la regla técnica contraria, la mediación, el juez, no siempre practica pruebas en forma personal, como sucede por razón del territorio y no sea posible la utilización de medios técnicos (teleconferencias o cualquier otro medio que garantice las reglas técnicas de la inmediación, concentración y contradicción). En materia probatoria, numerosas disposiciones tienden a la aplicación de esta regla técnica de la mediación.

Así, las partes de común acuerdo podrán practicar pruebas o delegar su práctica en un tercero, para lo cual deberán aportarse antes de que se dicte sentencia (CGP, art. 190). En el evento de testimonios de agentes diplomáticos y de sus dependientes se le enviará a aquel una carta rogatoria por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores con copia de lo pertinente para que declare o autorice declarar al testigo. La persona amparada con la inmunidad parlamentaria en atención al derecho internacional, puede discrecionalmente responder o no el cuestionario de la carta rogatoria. Si accede a ello deberá remitirle por conducto del mismo Ministerio.

La tendencia de los códigos procesales modernos en aplicar aspectos que identifican la regla técnica de la mediación obedece a que se “muestra como eficaz para lograr una adecuada administración de justicia y es por eso que gran mayoría de las normas que se están dictando en los últimos años se apoyan en esta herramienta” (López, 2005, p.121).

Conclusiones

1. La doctrina procesal latinoamericana estudia junto al Derecho procesal civil, el Derecho procesal social, el que comprende el Derecho agrario, el Derecho laboral y el Derecho a la seguridad social. Para que las normas contenidas en este nuevo derecho sean eficaces se requiere de la aplicación del principio de igualdad por compensación. En palabras de Couture, principio de justicia social. Tales normas deben tener como sustento las desigualdades de las partes, y para su equilibrio procesal surge el otorgamiento de igualdad de oportunidades. Para llegar al anterior estado, el juzgador debe procurar acrecentar sus poderes de director del proceso, celeridad y eficacia en sus actuaciones.
2. En materia del procedimiento laboral la flexibilización de algunos principios y reglas procesales atienden a un cambio de paradigma que busca satisfacer nuevas demandas y dinámicas sociopolíticas. La jurisprudencia ha tenido un papel protagónico estableciendo situaciones y condiciones en las cuales es posible dotar al juez de mayores facultades para que pueda direccionar un proceso acorde con el ideal de justicia.
3. La preocupación principal frente a esta desarticulación la sufren los demandantes en los procesos laborales, pues mientras unas etapas

del proceso o algunas actuaciones se rigen por los principios del Derecho procesal laboral, en otras se aplican los del CGP, lo que deja como resultado una mixtura principialística absolutamente contradictoria. Esta situación se complica porque en algunos procedimientos el Código General del Proceso (2012) es más avanzado frente a las realidades actuales que el CPT (1948), como es el caso de las notificaciones, donde el primero hace uso de las nuevas tecnologías como la notificación por correo electrónico, la entrega del oficio o aviso al portero de la unidad residencial que no dejará entrar al notificador, etc., mientras que el segundo sigue aplicando la notificación por correo físico.

4. Hay obstáculos muy técnicos, como resolver si se puede aplicar en los procesos laborales varios incisos o numerales compatibles con el proceso laboral, de un solo artículo del CGP y de rechazar los demás por contradecir una regulación expresa del CPT y SS. Es decir, ¿se puede escindir un artículo del CGP para aplicar algunos de sus incisos en el proceso laboral? Para poder resolver los problemas de analogía, remisión o integración es necesario remontarse a las cúspides del derecho y descender a los casos concretos.

Referencias

- Arazi, R. (1991). *Elementos de Derecho Procesal*. Parte General, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.
- Azula, C. J. (2002). *Manual de Derecho Procesal*. Tomo I. Teoría General del Proceso. Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
- Bacre, A. (1991). *Teoría General del Proceso*. Tomo I. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- Bedoya, D. H. (2018). *Derecho Procesal Laboral y de la Seguridad Social*. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia.
- Bujosa, V. L. (2012) *Los Principios del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) desde la perspectiva española*. Disponible en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/11lorenzo-m-bujosa-vadell>.
- Comisión Redactora del Proyecto de Ley 712 de 2001. (2002) *Reforma al Procedimiento laboral*. Editorial Legis. Bogotá, Colombia.
- Couture, E. J. (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición, Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina.
- Corte Constitucional
- M. P. Hernando Herrera Vergara. *Sentencia C-662 de 12 de noviembre de 1998*.
- M. P. Clara Inés Vargas Herrera. *Sentencia C-070 de 10 de febrero de 2010*.
- M. P. María Victoria Calle Correa. *Sentencia C-317 de 24 de octubre de 2012*.

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral

M.P. Ernesto Molina Monsalve. *Sentencia de 15 de febrero de 2011*. (15 de febrero de 2011, Rad. 4066).

M. P. Gustavo Hernando López Algarra. *Sentencia de 5 de noviembre de 2014*.

Devis, E. H. (2000). *Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso*. Tomo I. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, Colombia.

Gómez, L. C. (1999). *Teoría General del Proceso*. Octava edición. Harla, México.

López Blanco, H. F. (2005). *Procedimiento Civil*. T. I. Novena edición, Editorial Dupré. Bogotá, Colombia.

Osorio Rincón, L. J. (2014). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Parte general, Editorial Leyer. Bogotá, Colombia.

Parra Q. J. (1992). *Derecho Procesal Civil*. Parte General, Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

Ramírez, Z. C. (2009). *Los Principios Generales del Derecho Procesal*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Procesal. Bogotá, Colombia.

Rodríguez C. G. *Curso de Derecho Procesal del Trabajo*. Ediciones librería el profesional, Bogotá, Colombia.

Tejada Correa, J. G. (2016) “Debido proceso y procedimiento disciplinario laboral” *Revista Opinión Jurídica* Universidad de Medellín. Octubre de 2016. DOI: <https://doi.org/10.22395/ojum.v15n30a11>

EL PRECEDENTE JUDICIAL COMO EVIDENCIA DE LA GLOBALIZACIÓN Y SU IMPLEMENTACIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA COLOMBIANA

Sindy Milena Cuervo Quintero¹

RESUMEN

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 es evidente la urgencia de crear mecanismos que posibiliten la materialización del precedente judicial en la jurisdicción colombiana, lo que asegura su integración en nuestro sistema de leyes. El presente artículo propone realizar una revisión bibliográfica de este precedente y de su implementación en la jurisdicción Contenciosa Administrativa. Se tendrán en cuenta los parámetros tanto de las Cortes como las del Derecho Internacional, y a su vez, los factores de la globalización que inciden sobre el precedente judicial. La metodología se enfoca en el análisis de documentos y su síntesis y deducción, así como en la creación de una bibliografía y un registro documental. El artículo consta de dos capítulos. En el primero se explorarán la Globalización Económica y sus efectos, así como su relación con la Constitución y los Derechos Humanos. En el segundo capítulo se ahondará en la figura del precedente judicial, así como su aplicación en lo Contencioso Administrativo junto a instrumentos internacionales que permiten mayor versatilidad al abordar un caso y llevar a cabo una justicia más ecuánime. Para ello, y para consolidar el precedente judicial en lo contencioso administrativo, quedan, sin embargo, muchos retos que superar.

Palabras clave: Globalización, Precedente judicial, Instrumentos internacionales, Derechos humanos, Bloque de constitucionalidad.

1 Abogada especialista en Derecho Administrativo. Candidata a magíster en Derechos Humanos y Justicia Transicional de la Universidad del Rosario. Experta en temas de responsabilidad del Estado con amplia experiencia en la Rama Judicial. Actualmente ocupa el cargo de Sustanciadora en el Consejo de Estado de Colombia.

JUDICIAL PRECEDENT AS EVIDENCE OF GLOBALIZATION AND ITS IMPLEMENTATION IN HUMAN RIGHTS IN THE COLOMBIAN CONTENTIOUS-ADMINISTRATIVE JURISDICTION

ABSTRACT

With the issuance of Law 1437 / 2011, the urgent need to create mechanisms that make it possible to materialize the judicial precedent in Colombian jurisdiction is evident, ensuring its integration in our system of laws. This article proposes carrying out a bibliographic review of this precedent and its implementation in the Contentious-Administrative jurisdiction. The parameters of Colombian Courts and International Courts will be taken into account, as well as the factors of Globalization that influence the judicial precedent. The methodology will be analyzing documents and, summarizing and deducting just as creating a bibliography and documentary record. The article has two chapters: The first chapter explores Economic Globalization and its effects, as well as its relationship with the Constitution and human rights. The second chapter delves into the figure of the judicial precedent and its Contentious-Administrative application, along with international instruments that provide increased versatility when addressing a case and carrying out more impartial justices, including human rights, which is done in extension to public administration. To this end, and to consolidate the judicial precedent in contentious-administrative matters, there are still many challenges to overcome.

Keywords: globalization; judicial precedent; international instruments; human rights; constitutional body of law.

INTRODUCCIÓN

Con el advenimiento de la globalización, los tratados internacionales que protegen los derechos humanos, los cuales Colombia ha ratificado, se han convertido en factores que han de tener alcance constitucional en un Estado Social y Democrático de Derecho (Artículo 93º de la Constitución); mucho más con la entrada en vigor de la Ley 1437 del 2011. La inclusión de estos tratados garantizaría la protección de los derechos humanos de los ciudadanos en los fallos de las Altas Cortes, a esto hay que sumarle el concepto del precedente jurisprudencial, cuya importancia, así como la necesidad de que sea vinculante y obligatorio para las autoridades administrativas y judiciales, es un claro efecto de cómo los fenómenos sociales globales afectan las decisiones judiciales de nuestro país.

El objetivo de este artículo es el de presentar una revisión bibliográfica del concepto del precedente judicial, así como sobre su aplicación e

implementación en la jurisdicción Contenciosa Administrativa. Se tendrán en cuenta los parámetros de las otras Cortes y también del Derecho internacional, así como los factores de la globalización que inciden directamente en este precedente. La metodología se enfoca en el análisis de documentos y su síntesis y deducción, así como la creación de una bibliografía y un registro documental. El artículo consta de dos capítulos. En el primero se exploran ciertos aspectos de la Globalización Económica y sus efectos, así como su relación con la Constitución y los Derechos Humanos. También se exponen los cambios sociales y económicos que han hecho necesaria y posible la inclusión del precedente judicial en Colombia. En el segundo capítulo se ahonda en la figura del precedente judicial y su aplicación en lo Contencioso Administrativo junto a ciertos instrumentos internacionales que permiten mayor versatilidad en el ámbito judicial, a la hora de abordar un caso y hacer y tender a una justicia más ecuánime.

1. Algunos aspectos de la Globalización Económica y su incidencia social, política y jurídica: la Constitución y los Derechos humanos

La humanidad ha buscado desde sus inicios su propio bienestar y felicidad; múltiples guerras y conflictos han nacido a tal punto que este afán y las fuerzas que se le oponen, chocan. Este nuevo orden, equilibrio, ha estado siempre enmarcado por lo social, lo económico y lo jurídico. El mejor ejemplo de esto es la Revolución Industrial, la cual tomó forma con la aparición de dos grandes clases sociales, la burguesía industrial y el proletariado fabril; clases enfrentadas en un conflicto, con importantes consecuencias, puesto que al tiempo que los costos de producción se desplomaban, crecía el nivel de rendimiento del trabajo. Como lo afirma Mijailov (2004)

Lo que tuvo como consecuencia el surgimiento de la acumulación de riqueza para la burguesía industrial y por otro lado la pobreza de la masa trabajadora o el proletariado fabril, haciéndose cada vez más precaria la situación de esta última clase social por el rápido crecimiento de la producción capitalista. (p. 43)

Surgieron, entonces, políticas dedicadas a la defensa de los intereses burgueses, con grandes voceros como Adam Smith y David Ricardo, quienes abogaron por la adopción de la libertad de la competencia y de las leyes naturales que debían regir. Primó el interés particular sobre el general y se consideró que el orden jurídico debía mantenerse al margen de la economía: era la mano invisible del mercado la que llevaba las riendas, las leyes naturales imperando por sobre todo y todos. Era un ambiente fértil para la pobreza y la explotación de los menos favorecidos; el Estado no se molestaba en darle garantías a la población. Como

respuesta encontramos las proclamas de Marx y Engels, quienes estaban del lado del obrero a quien la opresión capitalista condenaba a una vida dura y deprimente: las jornadas eran interminables, por ejemplo, y no existía la menor protección en caso de que uno sufriese un accidente en el trabajo. El crecimiento fabril requería una producción cada vez mayor a costa de una mano de obra barata, con extensas jornadas de trabajo. Fue un modus operandi que no tardó en instalarse en Europa, a tal punto que hoy en día todavía puede encontrarse en algunos sectores de producción.

Es en este conflicto de intereses en la Revolución Industrial pueden encontrarse las primeras semillas de la globalización. En el mismo manifiesto del Partido Comunista encontramos que no se concebía su propia revolución como restringida a un solo territorio, a una sola nacionalidad, expresando que “la industria, al crear el mercado mundial, ha unido ya tan estrechamente todos los pueblos del globo terrestre, sobre todo los pueblos civilizados, que cada uno depende de lo que ocurre en la tierra de otro (...)” (Marx & Engels, 1972 p. 82).

Sin embargo, no conviene olvidar que ya era posible rastrear repercusiones sociales cuyos efectos se sentían más allá de las fronteras nacionales. La Revolución Francesa de 1789 había puesto en el mapa la idea de una nueva soberanía nacional, así como ideas sobre los deberes y derechos del individuo. Del mismo modo, había introducido la noción de los derechos del hombre y el ciudadano. En la actualidad, defendemos los derechos humanos que fueron acordados por necesidad gracias a una multitud de naciones que, en 1949, buscaban evitar la barbarie, la degradación y la miseria que reinaban hasta entonces. El ser humano había sido tratado casi como un objeto, estos derechos fueron un aliento, un grito de libertad, una serie de postulados que defendían y defienden ante la ley a las personas sin discriminación de ningún tipo, procesos; no obstante, permeados por el factor económico.

El crecimiento comercial de los años que han seguido ha dado pie a la idea de una economía global, donde grandes multinacionales producen y exportan servicios y bienes para los mercados del mundo. La Globalización Económica de la que hablamos podría definirse como

El fenómeno actual de creciente apertura y transnacionalización de los mercados de materias primas, producción, capitales, finanzas y consumo con el consiguiente incremento drástico de la movilidad de las actividades económicas y de las empresas, y cada vez mayor interdependencia económica de los distintos países. (Mir Puig-Pelat, 2004, p. 27)

Estas nuevas relaciones económicas han cambiado los paradigmas y reglas de nuestro mundo. La soberanía de cada país ha ido dando paso a una relación de interdependencia con las otras naciones; y esto, a su vez, tiene

consecuencias, como la desigualdad de esas mismas relaciones, y el rol, que podríamos llamar servicial (en cuanto a su acepción de prestador de servicios), de algunos países. Las economías desarrolladas aventajan sin problema a las que no cuentan ni con la técnica ni la infraestructura para seguirles el ritmo, y el capitalismo permite ocultar o camuflar cualquier explotación y dominación provocadas por las políticas del mercado. Es un camino que lleva de vuelta a las ideologías predicadas por el liberalismo económico clásico, en palabras de Puig-Pelat (2004)

El Estado–Nación en la globalización económica está perdiendo progresivamente su tradicional poder de decisión política y de regulación jurídica en favor de dos grandes tipos de sujetos de ámbito supraestatal de carácter privado el primero y público el segundo: las grandes empresas transnacionales y las organizaciones internacionales o supranacionales. (p. 38)

Los vacíos que se generan con esta paulatina pérdida de soberanía de los países en vías de desarrollo son rápidamente colonizados por las grandes corporaciones transnacionales que, aprovechando su autonomía, imponen sus condiciones al mercado. Estos Estados deben atenerse a las medidas impuestas por los países más desarrollados, quienes tienen a su disposición recursos tecnológicos, técnicos y económicos. Eventualmente, estos Estados en desventaja han de adecuar sus legislaciones a las necesidades de los inversionistas y en pro de un libre mercado sin aranceles, que garanticen la producción nacional al servicio de estas empresas. Pero el priorizar estos elementos sobre una vida digna, la salud, la educación, un trabajo estable y un ambiente bien conservado, podría entenderse como una violación a los derechos humanos.

Revivir una libre competencia del mercado tendría, entonces, un costo altísimo. Uno que podemos intuir ya hoy día en la desigualdad que existe entre países desarrollados y en vías de desarrollo; y es que la presencia de estas empresas en los países menos favorecidos puede sustentarse en la búsqueda de esa obra de mano barata y en la alta productividad. Siglos después, consideramos que opera la misma estrategia de la mano invisible de Adam Smith en los albores de la Revolución Industrial. Las mismas empresas de mediana o baja categoría de estos países no pueden sino ser dejadas de lado, incapaces de enfrentarse a estos monstruos de la economía mundial que han venido a sus puertas y con quienes no tienen posibilidad de competir.

En la Conferencia Monetaria y Financiera celebrada en Bretton Woods, New Hampshire, en julio de 1944, las Naciones Unidas determinaron la creación del Fondo Monetario Internacional (FMI); paralelamente se creó el Banco Mundial, cuyo primer nombre fue el de Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo. Su objetivo era el préstamo de dinero

a Estados que buscasen solucionar sus problemas estructurales. Las acciones del Banco Mundial debían contar siempre con el visto bueno del FMI, ya que

Las ideas que sustentaban la creación de éstas y las otras instituciones internacionales era la de esquivar de manera definitiva las crisis estructurales, manifestadas por altas tasas de paro, tal como se había producido durante la “Gran Depresión” norteamericana de los años treinta. Siguiendo las teorías de John Maynard Keynes, la persistencia de una situación de paro se debía atribuir a las fluctuaciones del mercado, razón por la cual éste no debía ser dejado sin control -para que actuase la *Mano Invisible* de Adam Smith- sino que se debía actuar colectivamente para evitar en lo posible dicha situación (Arroyo, 2002, párr. 13).

En ese orden de ideas, algunos estados adquirieron créditos para su desarrollo, después se encontraron con las consecuencias: deudas e intereses sobre las mismas. Con sus economías comprometidas, estos países han perdido cierta autonomía, y han sufrido aumentos desbordados de la inflación, corrupción y la subsiguiente crisis que esta genera; así como el empobrecimiento general de la población debido a las deudas nacionales que no son enfrentadas debidamente (Stiglitz, 2002). Las consecuencias de la presencia y acción de estas grandes industrias no solo han sido económicas; han sido sociales, culturales, laborales, y también jurídicas. Consideramos que este último ámbito debe entonces tomar cartas en la situación económica bajo riesgo; y es que, según el concepto de la Constitución Económica, se establece que “el Estado tiene la tarea de promover e incentivar la competencia comercial del país, a la vez que debe imponer como límite a la misma la búsqueda de la equidad y justicia social” (García & Almonacid, 1998, pp. 146-147).

Creemos, y aquí radica nuestra postura, que el derecho debe facilitar la entrada del Estado al mercado para darle seguridad a los ciudadanos. En la misma Constitución Política de Colombia, por ejemplo, se toca desde la iniciativa privada y la competencia del mercado en el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho (Artículos 333º y 334º), donde se establece que el respeto a la libre empresa va sometido a la función social, asegurando protección y garantías tangibles para la población. Es en esta dirección que se busca un desarrollo que persiga un eficiente impulso económico y también un bienestar social ecuánime.

Pero la realidad de nuestro país es muy diferente. Hoy las poblaciones menos favorecidas están bajo un constante asedio que recuerda las condiciones deplorables de la Revolución Industrial, y focos de corrupción aparecen frecuentemente sin mayor consecuencia. Aquellos en posiciones administrativas tienen conocimientos insuficientes sobre nociones tan básicas e importantes como la planeación territorial o la redistribución de recursos, y el país parece desangrarse sin que nadie mueva un dedo.

Si el arribo de las empresas transnacionales a nuestros territorios ha de representar un paso hacia el progreso y la prosperidad, ha de darse dentro de los límites impuestos por el Estado; de lo contrario, creemos que nada impedirá a estas enormes empresas consumir todos los recursos con los que cuenta el país, y luego retirarse en busca de nuevas opciones una vez haya agotado todo lo que tenemos para ofrecer. Cobran sentido las palabras de Stiglitz (2002):

Hay un creciente reconocimiento de estos problemas y una creciente voluntad política de hacer algo. Prácticamente todos los involucrados en el desarrollo, incluso en el *establishment* de Washington, aceptan hoy que una rápida liberalización de los mercados de capitales sin una regulación correspondiente puede ser peligrosa. (p. 311)

Es natural la conclusión de que una sociedad justa se basa en el libre mercado; después de todo, las ventajas del afortunado no tienen en mente al desafortunado, como afirma Rawls (1986) “las diferencias sólo son justas” (p. 64) si, en un ambiente intervencionista, las expectativas de los favorecidos mejoran la situación de los que no lo son.

La intervención estatal es necesaria para proteger a los ciudadanos y garantizar la distribución de toda ganancia; el Estado Social y Democrático de Derecho debe atender a lo social, cultural y jurídico, pero también al desarrollo económico. La protección de las libertades económicas, entonces, ha de tener limitaciones potencialmente mayores a las de otros derechos y libertades constitucionales. El Estado debe instaurar para ello una estructura flexible enfocada en la protección de los derechos de sus habitantes para garantizarles los elementos básicos (salud, educación, trabajo digno, etc.) que facilitan el desarrollo social.

En la Carta de las Naciones Unidas se postularon los derechos humanos y la cooperación internacional sin distinción alguna entre raza, sexo, idioma o religión; sin embargo, no impuso obligaciones a los Estados miembros, y los intentos por llegar a una serie de derechos internacionales fueron abiertamente truncados por varias de las principales potencias mundiales. Se logró adoptar el Artículo 1º de la Carta, y junto a los Artículos 55º y 56º, es obvio que la intención está más que presente

Todos los miembros se comprometen a unir y separar las acciones en cooperación con la organización para el logro de los propósitos del Artículo 55º con miras a la creación de condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para la paz, la amistad basados en el principio de autodeterminación, igualdad de derechos de los pueblos. (Carta de las Naciones Unidas, Artículo 56º, 26 de junio de 1945)

Y es que las Naciones Unidas promueven el respeto y cumplimiento de los derechos y libertades fundamentales de cada individuo. Es por ese

motivo que de todas formas los países miembros de la O.N.U. sí tienen obligaciones con relación a los derechos humanos, aunque la puesta en práctica de estos derechos en los Estados ha sido todo un reto. Las grandes potencias mencionadas anteriormente no hacen parte de estos mismos instrumentos internacionales, después de todo.

Como si esto fuera poco, muchos Estados han buscado evadir lo dispuesto en la Carta, valiéndose del argumento de la soberanía y autonomía de cada Nación, como está dispuesto en el Artículo 2º. Afortunadamente, la noción de que los derechos humanos no son materia solo de ordenamiento interno, sino que tienen un carácter universal ha sido cada vez más aceptada. Esfuerzos como estos han dado a luz la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966 que, junto con la Carta, conforman la Carta de Derechos Internacionales que rige a los Estados miembros de la O.N.U. Podría decirse que esto ha posibilitado incluso la creación de otros instrumentos internacionales, como el sistema europeo, el interamericano y el africano de derechos humanos; esfuerzos para la protección y mejora de las condiciones de vida de la humanidad.

Estas luchas han acabado por permear los gobiernos, promoviendo prácticas que buscan erradicar las violaciones a los derechos humanos que, en muchos territorios, han sido originadas tanto por el sector privado como por el Estado. Se han creado y financiado guerras con el objetivo de, mediante la explotación de parte importante de los territorios afectados, el enriquecimiento de sectores muy específicos; sin que nadie tenga en cuenta la pobreza, el maltrato y el hambre a las que las comunidades afectadas puedan verse expuestas. Los medios son manipulados para ocultar estas realidades en servicio de agendas políticas que pretenden camuflar estas vejaciones, que quizás creíamos erradicadas y que en realidad se extienden todavía por el mundo. Es este el gran reto de los países, sean o no miembros de las organizaciones internacionales: garantizar los derechos de toda persona y erradicar toda semblanza de abuso y degradación contra los ciudadanos.

Si la soberanía de las naciones ha sido desplazada para darle aire a los mercados internacionales, al modelo económico que empobrece más a los pobres, de la misma forma se debe abrir el espacio para poder adoptar los postulados internacionales de los derechos humanos y cumplirlos. Debe existir un espacio para poder materializar la vida digna, los beneficios y las garantías que protejan a las personas de toda forma de violación o discriminación. Todo esto implica concebir el principio de igualdad desde una perspectiva de protección integral de los derechos humanos, y de manera transversal y vinculante a todos los otros derechos. Encasillarlos en categorías ficticias, de Iº, IIº y IIIº grado, no hace posible la unión de

todos estos derechos de manera efectiva. La protección de las personas debe hacerse de manera integral y masiva, puesto que los Estados, entre los que se incluye a Colombia, se escudan en la cualidad no vinculante de las disposiciones internacionales, para justificar la aplicación deficiente de las mismas, tomándolas como simples mandatos, que no son obligatorios en los casos de violaciones a los derechos humanos.

Lo anterior nos invita a demostrar que los postulados normativos nacionales e internacionales, por definidos y estructurados que estén, no han sido ni eficientes ni suficientes y bastaría mencionar, solo en Colombia, alguno de los delitos que todavía se presentan para probarlo: la violación, masacres y asesinatos de niños, niñas y adolescentes, feminicidios, muerte de líderes sociales² y falsos positivos.

Por lo anterior, los jueces han de ser impulsados para impartir una justicia imbuida de equidad que vaya más allá de las simples leyes imperantes, puesto que Derecho no es sinónimo de Justicia. Es este Derecho el que debe mantenerse al tanto de los cambios y de los nuevos fenómenos ocasionados por la globalización; y los mismos operadores del Derecho han de estar familiarizados con los hechos históricos que han modificado el mundo y la condición humana hoy en día. Su principal rol, dar voz a los que lo necesiten.

En conclusión, la globalización configura una multitud de fenómenos sociales, culturales, políticos y económicos que se dan de manera desigual y con una fuerte diferenciación geográfica. La globalización, de hecho, es producto y generador de múltiples geografías, de una escalaridad dinámica y tremendamente compleja como dice Dicken (2009); y de la que no están aislados los operadores judiciales. Y es que la incertidumbre que generan los continuos cambios globales producidos, no hace sino intensificarse ante el efecto que pueden tener en un lugar acontecimientos ocurridos del otro extremo del mundo (Dicken, 2009). Esta economía mundial nos abre el paso hacia una globalización del derecho, que no supone la eliminación de los sistemas jurídicos nacionales sino su armonización, adecuación y complementación con diferentes órdenes jurídicos de carácter regional, estatal, supraestatal y global (Jiménez, 2011).

Hemos visto cómo la industrialización ha sido determinante en el desarrollo de la lucha por los derechos humanos. Estos efectos de la

² La CIDH y la ONU remarcan con preocupación que Colombia continúa siendo el país que registra más asesinatos a personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en la región. Ambas organizaciones reiteran su llamado al Estado y a la sociedad en su conjunto para que redoblen sus esfuerzos en la creación de un ambiente propicio y seguro para quienes defienden los derechos humanos en la región. El Estado debe continuar sus esfuerzos por el desarrollo e implementación de mecanismos y políticas públicas de prevención y protección a la labor que ejercen las personas defensoras de derechos humanos, así como adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para asegurar que efectivamente se garantice el derecho a defender los derechos humano (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Valle Jaramillo y otros VS. Colombia, 27 de noviembre de 2008).

globalización son de suma importancia para el ámbito jurídico, que tocaremos al desarrollar la noción del precedente judicial. Todo mecanismo de unificación y extensión de la jurisprudencia que pueda llevar a la creación de precedente judicial es importante, puesto que permite la generación de parámetros para resolver con más importancia y eficacia los casos en lo Contencioso Administrativo. Por ende, profundizaremos en el siguiente apartado, en las implicaciones globales que tienen las decisiones judiciales de los instrumentos internacionales, con las que se busca favorecer y posibilitar la aplicación de los principios de equidad y justicia en conjunción con la seguridad jurídica.

Capítulo 2 – Impacto de la Globalización en materia judicial: el precedente

El uso del precedente en el marco del ordenamiento colombiano es una de las principales fuentes del derecho positivo. La figura de este precedente se remonta a Inglaterra, donde Sir William Blackstone fue uno de los primeros en preocuparse por esta figura en sus comentarios sobre las leyes inglesas, observó que había que atenerse a estas y a las reglas establecidas para mantener balanceada la justicia. Cabe señalar que este sistema anglosajón fue ampliamente criticado cuando comenzó a utilizarse en Colombia, al decirse que los jueces debían someterse al “imperio de la ley”, se asumía que se podía excluir entonces la equidad, la doctrina y los principios generales del derecho y, por supuesto, la jurisprudencia se relegaba a un criterio auxiliar (Olano, 2011).

Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana dispuso que la expresión “imperio de ley” no debía entenderse sencillamente como la ley en sentido formal, sino también la interpretación de estas, proceso que se lleva a cabo mediante la jurisprudencia. Esto con el fin de buscar un nuevo orden jurídico que promoviese esta nueva fuente de derecho en nuestro país, hasta el punto de considerarse el precedente como el único método de interpretación de la ley. Así, las *ratio decidendi*, las razones que sustentan las decisiones, se han convertido en antecedentes vinculares, o *stare decisis* (Olano, 2011). Dicho de otra forma “una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad” (Santofimio, 2012, p. 7).

El tema de este artículo proviene del sistema adoptado con la aplicación del Derecho Común, el derecho consuetudinario Common Law, el cual continúa vigente en gran cantidad de países herederos de las tradiciones anglosajonas. Este sistema fue creado tras la Conquista normanda en 1066, llamándose *common*, o común, en tanto que en aquella época todos los tribunales del rey aplicaban el mismo conjunto de principios y reglas jurídicas. Con este método se determinó el sistema legal basado en las decisiones de los tribunales superiores (Gámez & Cuñado, 2014, p. 7), como normas no escritas, promulgadas o sancionadas: disposiciones

judiciales, las cuales formarían una fuente de Derecho de carácter jurisprudencial. Estas disposiciones se hacen teniendo en cuenta que las leyes vigentes pueden ser ambiguas, y es aquí donde la interpretación permite la creación de nuevas figuras jurídicas, donde el principio no siempre es la norma y hay excepciones. El análisis de una sentencia puede ser la razón de decidir, la *ratio decidendi*, que marca la pauta para desarrollar los casos con carácter vinculante y obligatorio.

Fue gracias al derecho anglosajón que se llegaron a codificar las reglas jurídicas, con la constante producción de precedentes judiciales que hoy en día sustituyen la norma escrita. Este panorama exige a los jueces una mayor responsabilidad para crear el derecho desde la jurisprudencia e integrar los postulados internacionales sobre los derechos humanos. De esta manera, pueden ser aplicados en las sentencias emitidas para beneficio de los ciudadanos que activan el aparato jurisdiccional con la intención de defender sus derechos vulnerados, ya sea por particulares que por otras autoridades.

Y es que las palabras escritas en la Constitución o las sentencias constitucionales no son per se derechos fundamentales, deben estar arraigados a la aplicación del interés colectivo, para lograr ejercer los poderes deónticos, los derechos fundamentales, la democracia y la jurisdicción constitucional, que son los tres pilares del constitucionalismo contemporáneo (Bogdandy, 2017). Los retos que hemos de enfrentar a la hora de continuar consolidando el precedente judicial en lo contencioso administrativo son muchos:

La identificación de las sentencias de unificación jurisprudencial, el fortalecimiento de las relatorías, la necesidad de regular con mayor detalle las instituciones estudiadas, promover un cambio de cultura y actitud de la administración pública, para que en sede administrativa reconozcan los derechos de las personas, y fortalecer el estudio de los precedentes en la facultades de derecho; son algunos de los retos que se tienen para seguir consolidado el precedente judicial en el contencioso administrativo, para que sea aplicado por jueces y la administración para la realización del Estado Social de Derecho, los cuales podrán ser objeto de estudio en posteriores investigaciones. (Irégui, 2014, p. 138)

Por otro lado, valiéndose de la figura del bloque de constitucionalidad (explorado en el Artículo 93° de la Carta Política), la Corte Constitucional permite el uso de la jurisprudencia y su continua evolución, como criterio primario en la toma de decisiones. Esto hace realmente imprescindible la presencia del precedente judicial para evitar que se llegue a decisiones que violen los derechos humanos, al tomarse en cuenta en los precedentes los tratados internacionales ratificados por Colombia. Estas garantías son un deber de cada Estado al margen de si son aceptados o no por otros Estados, ya que, igualmente están sometidos a los postulados *Ius Cogens*, que estipulan la obligatoriedad internacional de los mismos.

Desde la expedición de la Ley 1437 del 2011 del CPACA, el precedente se ha convertido en un elemento obligatorio que representa un nuevo derecho de los ciudadanos frente a la administración. La razón es sencilla, a través de este precedente las autoridades deben darles a las personas un trato como el que benefició a otros previamente, aplicando los precedentes pertinentes que surgiesen en la resolución de casos similares al suyo (Hernández, 2011). La administración al tener que actuar bajo el principio de igualdad en sus actuaciones con todos los ciudadanos, el precedente se constituye, entonces, como un principio vinculante para toda actividad estatal. En nuestra legislación está consagrado en el preámbulo de la Constitución, así como en el Artículo 6º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano; también en los Artículos 10º y 14º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el Artículo 24º de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde figura como derecho fundamental de todo individuo (Díez-Picaso citado por Parada, Rey y Contreras, 2018).

Con la entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011, la Corte Constitucional estableció, además, como requisito *sine qua non* el análisis del precedente como herramienta clave judicial y administrativa. Después de todo, el servidor judicial está siempre comprometido a la observación de la Constitución y demás reglamentos y esquemas normativos, y tiene el deber de mantenerse al tanto de los fallos Constitucionales y del Consejo de Estado. Esta es información que ha de tener en cuenta siempre al tomar decisiones sobre casos concretos, porque de no acatar fallos u órdenes del Consejo de Estado podría verse sujeto a investigaciones de carácter penal y disciplinario.

Es pertinente hacer un alto para examinar mejor el tema que nos ocupa:

Una vez delimitado el concepto de precedente y su alcance actual, es preciso señalar que éste se encuentra dividido en dos clases: el precedente horizontal que es aquel que debe ser observado y respetado por la autoridad que lo produjo o de entidad que ésta en el mismo nivel jerárquico, es decir, el juez debe tener en cuenta como referencia aquellas providencias proferidas por jueces del mismo rango. (Guerrero, 2017, p.15)

A este le sigue el precedente vertical, el cual podríamos decir que es el más importante, puesto que es emitido por una autoridad de mayor jerarquía, y es, por tanto, de obligatorio cumplimiento para todo juez de rango menor que se enfrente a casos con supuestos fácticos y jurídicos similares “porque son la interpretación respaldada con la autoridad del juez, de las disposiciones que se encuentran en las fuentes del derecho” (Bernal, 2006, p. 34). En materia de lo contencioso administrativo, esta autoridad no es otra que el Consejo de Estado Colombiano.

En cuanto a la Corte Constitucional, esta ha establecido en la Sentencia T-360/14 que precedente se entiende como aquella sentencia o conjunto

de sentencias que presentan similitudes con un nuevo caso u objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos; (ii) problemas jurídicos; y (iii) en las que en su *ratio decidendi* se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve a su vez para solucionar el nuevo caso. A su vez, la Corte definió los conceptos de precedente judicial horizontal y vertical: el primero fue expresado como el lineamiento dictado por autoridades de una misma jerarquía, y el segundo como el fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, encargada de *unificar jurisprudencia* dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Sobre este último, la Corte Constitucional reconoció que:

Así, para la mayoría de los asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores. (Corte Constitucional, Sentencia T-360 de 2014, 2014)

Estos precedentes son importantes en el contexto cambiante de las sentencias emitidas por los tribunales administrativos, las cuales deberían cumplir los postulados de los tratados, de los que Colombia forma parte; bien es cierto que estos tratados deberían ser incorporados a las decisiones judiciales de manera amplia, como lo establece el Artículo 93° de la carta política, o bloque constitucional. Sin embargo, un mayor énfasis debería dársele al precedente judicial para evitar con su uso las repetidas condenas a las que es sometido el Estado colombiano, emitidas por la corte Interamericana, por los abusos cometidos contra los ciudadanos:

La interpretación de las normas jurídicas implica otorgarles un sentido, en caso de la Constitución su interpretación adquiere especial importancia pues a través de ella se busca dar un sentido a las normas fundamentales que organizan la convivencia política de un país, da su peculiar característica de norma suprema del ordenamiento jurídico, de su interpretación depende la vigencia de las demás normas, las cuales pueden quedar expulsadas de aquel ordenamiento debido a su inconstitucionalidad. (Huerta, 1997, p. 23)

Vale la pena recalcar que Colombia posee una Constitución Política formada y fundamentada. Aunque, en palabras de Uprimny (2017):

Las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales suelen hacer remisiones expresas o tácitas, a otras reglas y principios que, sin estar en la Constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia Constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional. Los casos más evidentes son aquellos ordenamientos en donde la

Constitución expresamente señala que, por ejemplo, ciertos tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, tal y como lo hacen varias constituciones latinoamericanas³. En otros eventos, la referencia puede ser más compleja, como la llamada cláusula de los derechos innominados o no enumerados de la novena enmienda de la Constitución de Estados Unidos, según la cual, el reconocimiento de ciertos derechos en la Constitución y en la carta de derechos no puede ser interpretado como una negación de aquellos que el pueblo se ha reservado⁴ (p. 2).

Es posible afirmar que existen muchos principios y derechos que no están expresamente escritos en los textos constitucionales y, aun así, por el mismo mandato constitucional, siguen siendo igual de vitales. Es con el bloque constitucional que se intenta sistematizar jurídicamente este fenómeno, “puesto que la propia Carta, como fuente suprema del ordenamiento, así lo ha ordenado”⁵ (Uprimny, 2017, p. 2). Esto eleva también la importancia del bloque para todo juez hasta las mismas Altas Cortes, puesto que indica que, para resolver cualquier conflicto judicial, ha de atenderse lo dispuesto en el Artículo 4º de la Constitución Política. Y es aquí donde están incluidos los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, lo que con la unificación jurisprudencial convierte estos contenidos en precedentes vinculantes y obligatorios para todos los operadores judiciales.

El bloque de constitucionalidad tiene ciertas ventajas y potencialidades democráticas, ya que permite que la Constitución sea más dinámica y se adapte a los cambios históricos, en la medida en que faculta a los jueces constitucionales a tomar en cuenta importantes principios y derechos, que pueden no estar incluidos directamente en el texto constitucional, pero que, en el curso del tiempo, pueden llegar a adquirir una enorme importancia. (Uprimny, 2017, p. 3)

Esto exige a los jueces estar continuamente alerta para que puedan llegar a reconocer nuevos derechos que puedan encontrarse ocultos en otros elementos jurídicos. El bloque de constitucionalidad favorece, entonces, la adaptación de las instituciones a nuevas realidades. “En esa medida mantiene el dinamismo de los textos constitucionales, que se convierten entonces en “documentos vivientes”, como han dicho algunos jueces y doctrinantes estadounidenses” (Marshall y Brennan, 1997; citado por Uprimny, 2017).

3 El Artículo 75 de la Constitución de Argentina, el Artículo 5-II de la Constitución Chilena, el Artículo 17 de la Constitución de Ecuador de 1998, el Artículo 46 de la Constitución de Nicaragua, o el Artículo 23 de la Constitución de Venezuela de 1999.

4 Muchas otras constituciones han seguido el ejemplo estadounidense y han incorporado también este tipo de cláusulas de derechos innominados. Por ejemplo, el Artículo 5 de la Constitución de Brasil o el Artículo 22 de la Constitución de Venezuela. En Colombia, el Artículo 94 de la Constitución prevé esa cláusula.

5 Ver Germán Bidart Campos. El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, citado por Nogueira (2000, p 188)

Dándonos un antecedente de los efectos del bloque constitucional, Uprimny (2017) afirma que, en Francia, la Constitución de la V República no incorporó directamente ninguno de los derechos sociales ni de las libertades clásicas, pero gracias al bloque de constitucionalidad, el Consejo Constitucional ha podido reconocer que esos derechos tienen jerarquía constitucional⁶. Son experiencias que Colombia ha de tener en cuenta, así como otras disposiciones de elementos internacionales que, a pesar de no estar directamente en la Constitución, puedan ser aplicadas a un caso concreto. Todos estos elementos deben ser tomados en cuenta, puesto que existen en la búsqueda de dar toda garantía posible a las personas, y han de ser aplicados de acuerdo con las realidades sociales imperantes.

La importancia de los conceptos del bloque de constitucionalidad y del precedente judicial reside, entonces, no solamente en la continua evolución que suponen para la ley, sino también en los pesos que ponen sobre los hombros de los jueces a la hora de desempeñarse con justicia y con los conocimientos oportunos. Es por ello que, jueces y abogados, han de estar instruidos en estos conceptos y en los derechos humanos que están diseñados para proteger, así como la seguridad jurídica que no es aun completamente garantizada en el Estado colombiano.

Para contextualizar un poco más los dos elementos que nos ocupan, hemos de tener presente que la misma Constitución de 1991 permite cierta maleabilidad, por ejemplo, al exponer que los ordenamientos de los instrumentos internacionales puedan modificar o permear todo ordenamiento interno con la intención de proteger los derechos humanos. En el Artículo 53^o, por ejemplo, se dispone que los convenios internacionales debidamente ratificados (en especial en lo referente a lo laboral) forman parte de la legislación interna del país. Además del Artículo 93 donde se habla del bloque de constitucionalidad⁷, el Artículo 94^o de la Carta se presenta el concepto de los derechos innominados, especificándose que puede haber derechos inherentes a las personas que no estén plenamente detallados previamente. En el Artículo 214^o, se habla incluso de que ninguna libertad fundamental puede ser suspendida, y las reglas del derecho humanitario han de ser respetados, estableciendo incluso que “una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales” (Constitución Política de Colombia, Art. 214^o, numeral 2, 1991). Estas característica dúctiles de la Constitución

6 Sobre Francia, ver Pierre Bon (1998), Louis Favoreu (1990, 1994) y Javier Pardo Falcón (1990). Ver igualmente infra 1.3., en donde analizo más en detalle este caso, por su incidencia directa en la evolución jurisprudencial colombiana.

7 Contenido que se tomó en cuenta en la Ley 1408 de 2010 “Por la cual se rinde homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada y se dictan medidas para su localización e identificación

permiten tanto una apertura económica y global, como la inclusión en el ordenamiento interno de los postulados de los instrumentos internacionales en “reconocimiento de la fuerza normativa de los tratados de los derechos humanos”⁸ (Uprimny, 2017, p. 7); y es que hay valores y derechos constitucionales que no se encuentran directamente en la Carta Política, por lo cual es necesaria la inclusión, valiéndonos del bloque de constitucionalidad, del cuerpo normativo internacional, a la hora de resolver casos judiciales concretos.

La figura del bloque de constitucionalidad fue utilizada también para solucionar la aparente contradicción que la Corte Constitucional encontró entre los Artículos 4º y 93 de la Carta Política, resolviendo que ambos estarían al mismo nivel jerárquico. Conforme a la interpretación jurisprudencial, los tratados internacionales hacen parte del bloque tanto como la interpretación que de estos se da en instancias internacionales, tales como la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana y los órganos de control de la O.I.T, mantienen la fuerza constitucional cuyo criterio hermenéutico es relevante. (Corte Constitucional, Sentencia C-010-2000, M.P Alejandro Martínez Caballero; 19 de enero de 2000)

Por tanto, el postulado de que la Constitución es norma de normas (Artículo 4) no entra en conflicto con el bloque de constitucionalidad, puesto que el texto constitucional incluye las disposiciones internacionales. Este contenido habría de hacerse efectivo al estar Colombia comprometida con el cumplimiento de los tratados de derechos humanos, en razón y función del principio *pacta sunt servanda*; esto es, que los administradores de justicia y funcionarios del Estado deben atender a esta información y aplicarla de manera equitativa y con seguridad jurídica. La misma Corte Constitucional, con la interpretación del Artículo 230 de la Constitución, transformó al precedente jurisprudencial de un elemento complementario a una fuente vinculante para el Derecho en nuestro ordenamiento nacional (Corte Constitucional, Sentencia C-836/01, M.P Rodrigo Escobar Gil; 9 de agosto de 2001).

Con todos estos elementos en mente, es obvio que las Altas Cortes (y de manera particular el Consejo de Estado, máximo órgano de lo contencioso administrativo) cargan con una gran responsabilidad en el camino de la implementación de una unificación jurisprudencial efectiva. Son aspiraciones que se ven reflejadas en la entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011, una visión innovadora de la jurisprudencia como fuente del Derecho, y que abarca no solo a las autoridades judiciales, sino

8 Sentencias T-002 de 1992 sobre criterios para determinar la fundamentalidad de los derechos constitucionales, T-409 de 1992 sobre obediencia debida y derecho internacional humanitario, C-574 de 1992 que revisó la constitucionalidad del Protocolo I a los Convenios de Ginebra y la T-426 de 1992 que, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, reconoció como fundamental el derecho a la subsistencia o derecho al mínimo vital.

también a las administrativas. Como ejemplo, queda estipulado que “se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado” (Ley 1437 de 2011, Art. 270º, 2011), teniéndose en cuenta que el órgano mencionado solía proferir esta clase de fallos. La unificación de la jurisprudencia desde estos órganos y en conjunción con los instrumentos internacionales es muy significativa: se convierte en el mecanismo apropiado para generar precedentes vinculantes que puedan ser utilizados para la labor de los jueces de lo contencioso.

Además, confiere a los ciudadanos el derecho de pedir que se le amplíen los beneficios de la extensión jurisprudencial consagrada el Artículo 102º de la Ley 1437 de 2011 y los tratados internacionales ratificados por Colombia (Constitución Política de Colombia, Art. 93º, 1991). Todo esto asegura que, en materia judicial, el Estado evolucione a la par de la sociedad, y que casos similares sean tratados de manera igualmente consistente.

La misma Ley, también conocida como nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, estipula en el Artículo 10º que toda sentencia de unificación es de obligatoria consideración para las autoridades administrativas. Y con relación al carácter vinculante de la jurisprudencia, el Artículo 13º expresa que en virtud del principio de igualdad todo cambio sobre el alcance y contenido de la norma debe ser expreso, y suficientemente motivado por la providencia que lo contenga. Se demarca así, la importancia de la figura de la extensión de jurisprudencia, la cual, a su vez, remarca el papel, determinando las decisiones del máximo órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. “Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos” (Constitución Política de Colombia, Sentencia 816 de 2011, p. 6).

Este nuevo paradigma que trae consigo el CPACA es el carácter vinculante y de aplicación directa que puede tener una sola sentencia de unificación jurisprudencial, acercándonos mucho más al Common Law. Esta función vinculante está definida constitucionalmente, puesto que son decisiones del Consejo de Estado, categorizado como un órgano jurisdiccional de cierre con su especialidad (Constitución Política de Colombia, Art. 237º, 1991). Esto implica que sus decisiones sienten precedentes en su ámbito de aplicación, con la intención de mantener una interpretación consistente del ordenamiento jurídico. Estas características han sido reconocidas por la misma Corte Constitucional, así como por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, y esto confiere una cohesión mucho mayor al sistema

jurídico colombiano. Garantiza también el principio de igualdad ante la ley y su adaptación a los cambios del país.

Con el fin de asegurar que casos semejantes sean fallados de igual manera, los precedentes y su naturaleza vinculante han de ser tenidos en cuenta por los jueces y autoridades administrativas, lo que de llevarse a cabo reduciría el número de condenas internacionales incurridas por el Estado Colombiano. Para ponerlo en marcha se necesitarían muchas más personas especializadas en el tema. Habrían de crearse Salas especializadas en la unificación jurisprudencial para sintetizar los precedentes judiciales e identificar los que ya existen, y permitir entonces el uso efectivo de ese mecanismo y fomentar la descongestión judicial. Esto último es importante porque la mora judicial es también una violación de los derechos humanos: no resolver un caso en un tiempo razonable prolonga el tiempo de vulneración de las víctimas y eleva los costos del proceso para el Estado.

Finalmente, la importancia del precedente judicial reside en la seguridad jurídica que asegura cuando, dado determinado caso y su reparación correspondiente, el precedente permite dar una misma solución a otro caso de identidad fáctica y jurídica similar o igual. Es una garantía contra las decisiones caprichosas impuestas por egos académicos que se concentra en los elementos realmente relevantes del caso. El papel de los jueces sería hacer efectivas las disposiciones tanto internas como internacionales. Cuando el juez ha de elegir entre una de estas dos disposiciones; sin embargo, siempre optará primero por la que se inclina hacia la Constitución, dado que el derecho colombiano se rige por un sistema infraconstitucional, donde la Constitución prevalecerá sobre cualquier tratado internacional.

Además, el juez ha de mantener una posición móvil frente a las circunstancias de sus casos, interpretando la norma no solo desde el contexto histórico de una norma sino también desde la situación presente en la que ha de actuar. En lo que se refiere al derecho contencioso administrativo, un juez debe ejercer el control de legalidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades pertinentes. También ha de dedicarse al estudio de casos sobre responsabilidad extracontractual del Estado y cuestiones contractuales, así como de llevar a cabo la unificación de la jurisprudencia y conferirle sus cualidades vinculantes y obligatorias. Es la labor del juez contencioso tener siempre en cuenta el contexto histórico en el que trabaja y las evoluciones del mundo a su alrededor. Debe estar a la vanguardia de los cambios sociales para poder adaptarse e impartir justicia. En palabras de la doctrina canadiense, debe ser de “árbol vivo” (Corte Suprema de los Estados Unidos, Sentencia *Obergefell vs Hodges*; M.P Anthony Kennedy, 26 de junio de 2015).

Conclusiones

Podría decirse que la primera semblanza de un derecho globalizado comenzó en 1948, año desde el cual los derechos humanos pasaron a formar parte de la agenda política de las Naciones Unidas. Es una universalidad que se encuentra, sin embargo, enfrentada a muchos de los desarrollos de los mercados y la economía, los cuales atentan, algunas veces, contra la materialización de estos ideales (Jiménez, 2011).

Los tratados internacionales que defienden estos mismos derechos y los cuales buscan ser incorporados en la jurisprudencia ven su implementación en la figura del precedente judicial, el cual enriquece y facilita la labor de los jueces. Este precedente permite la resolución de casos concretos de manera justa y sencilla, y es la herramienta idónea para integrar de manera armónica los tratados ratificados por el país con las esferas judiciales y administrativas. La realidad, sin embargo, es que tanto su aplicación como su cumplimiento son actualmente insuficientes.

Para posibilitar los beneficios que traería consigo el correcto uso del precedente, ha de fortalecerse la preparación de jueces de la República y de abogados desde las universidades, como la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Allí debería hacerse mayor hincapié en la importancia e inclusión de los tratados internacionales en las providencias judiciales del Consejo de Estado y otras cortes; especialmente en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos, así como sobre la aplicación y cumplimiento de las decisiones judiciales, acatando el precedente judicial. El mecanismo de extensión de jurisprudencia está directamente relacionado con este precedente judicial. También lo están las sentencias de unificación, las cuales erigen guías que, al ser seguidas por jueces y por la administración, permiten que casos similares sean fallados con igualdad y consolidando la seguridad jurídica.

Constituye un reto para la rama judicial que cada uno de sus operadores deba dedicarse al estudio minucioso del ordenamiento jurídico. Es necesaria la reestructuración y el fortalecimiento del sistema de difusión de las decisiones judiciales, y “sistematizar permanentemente los precedentes judiciales” (Bernal, 2006, p. 25), para asegurar que sean claros, de conocimiento público, y de fácil acceso tanto para operadores judiciales como para ciudadanos. Con eso asegurado, la distinción entre derecho interno y externo se haría mucho más compleja y se ampliarían las fuentes jurídicas de aplicación universal, como tratados y jurisprudencia internacional, adquiriendo mayor relevancia los ámbitos jurisdiccionales externos y replanteando los sujetos procesales, entre otros cambios (Jiménez, 2011).

Todo esto permitiría diálogos a nivel internacional que enriquecieran la experiencia y función de los jueces colombianos. El objetivo siempre

es y será la protección de los derechos humanos, haciendo honor a los instrumentos internacionales en las decisiones judiciales, junto a la creación de la unificación jurisprudencial en el Consejo de Estado, debido a su categoría como órgano de cierre, en la búsqueda de la implementación del precedente judicial.

Referencias Bibliográficas

- Arroyo, M. (10 de octubre de 2002). *Stiglitz, Joseph E. El malestar en la globalización*. Recuperado 2012, de Universidad de Barcelona, Biblio 3W, Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales: <http://www.ub.edu/geocrit/b3w-403.html>
- Bernal, C. (2006). La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. Precedente *Revista Jurídica*, 25 y 35. <https://doi.org/10.18046/prec.vo.1395>
- Bernal, C. (2009). *El precedente en Colombia. El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bloque de Constitucionalidad, D. H. (2017). dejusticia. Obtenido de https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_47.pdf
- Bloque de Constitucionalidad, D. H. (s.f.). *cdn.dejusticia.org*. Obtenido de dejusticia: https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_47.pdf
- Bogdandy, A. (2017). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Recuperado en abril de 2019, de Corte Interamericana de Derechos Humanos, corteidh.or.cr: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r36072.pdf>
- Carta de las Naciones Unidas. (26 de junio de 1945). Carta de las Naciones Unidas. Artículos 55 y 56. San Francisco: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. Recuperado en abril de 2018, de Naciones Unidas: <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-ix/index.html>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Líderes Sociales en Colombia (6 de diciembre de 2019). Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. *Sentencia de 27 de noviembre de 2008*.
- Constitución Política de Colombia. (1991). *Artículo 214, numeral 2 [Título VIII]*. Colombia: Asamblea Nacional Constituyente.
- Constitución Política de Colombia. (20 de julio de 1991). *Gaceta Constitucional No. 116*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (10 de junio de 2014). Sentencia T-360. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
- Corte Constitucional de Colombia. (19 de enero de 2000). Sentencia C-010-2000. [M.P. Alejandro Martínez Caballero]

- Corte Constitucional de Colombia. (9 de agosto de 2001). Sentencia C-836/01. [M.P. Rodrigo Escobar Gil]
- Corte Suprema de los Estados Unidos. (26 de junio de 2015). Sentencia Obergefell vs Hodges. [M.P. Anthony Kennedy]
- Dicken, P. (2009). El Mundo <NO> es plano: *La Profunda Desigualdad Geográfica de la Globalización*. (W. y. BROECKER, Productor) Recuperado en octubre de 2019, de bbvaopenmind: https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/static/pdf/032_PETER_DICKEN.pdf
- Gámez, R., & Cuñado, F. (2014). *Legal English: inglés jurídico para juristas y traductores y de habla hispana*. eBook. Primera Edición. [fecha de Consulta 19 de diciembre de 2019] Disponible en: <https://www.traduccionjuridica.es>.
- García, N., & Almonacid, J. (1998). La Constitución Económica de 1991: Instrumento Jurídico para la Democratización de la Economía Colombiana. *Pensamiento Jurídico* N° 10, 146 y 147.
- Guerrero, M. (2017). *El precedente judicial: Perspectivas y horizontes en el derecho administrativo (Tesis de Maestría)*. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.
- Hernández, A. (2011). La jurisprudencia en el nuevo código. *Memorias Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011. En el Consejo de Estado*. Bogotá.
- Hernández, T. G.-B. (s.f.). Foro. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*. Obtenido de Foro, Nueva época, núm. 4/2006: 127-152: Recuperado a partir de <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0606220127A>
- Huerta, L. (1997). *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*. Lima, Perú: Ciedla.
- Irégui, P. (2014). *Una mirada al papel del precedente judicial y su aplicación por parte de los jueces administrativos y de la administración pública. Estudio del propósito de las sentencias de unificación jurisprudencial y del mecanismo de extensión de jurisprudencia L1437*. Bogotá.
- Jiménez, W. (2011). Globalización del Derecho. Aspectos jurídicos y Derechos Humanos. *Nova et Vetera. Temas de Derechos Humanos*, 17-28. <https://doi.org/10.22431/25005103.166>
- León, L. (2008). *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia*. Madrid: Marcial Pons.
- Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). (18 de enero de 2011). *Diario Oficial* No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Colombia.

- Marx, C., & Engels, F. (1972). *Manifiesto del Partido Comunista*. Principios del Comunismo. Moscú: Progreso.
- Mijailov, M. (2004). *La Revolución Industrial* (Primera Edición ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Universales, Gráficas Modernas.
- Mir Puig-Pelat, O. (2004). *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Madrid: Thompson-Civitas.
- Olano García, H. A. (2011). Del precedente Constitucional al nuevo precedente contencioso Administrativo. Estudios Constitucionales [fecha de Consulta 12 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=820/82022776009>. *Estudios Constitucionales, Año 9, N° 2, 2011, pp. 395 - 428. ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*.
- Parada, J., Rey, M., & Contreras, O. (2018). *El precedente judicial como fuente formal de derecho en las actuaciones administrativas*. Obtenido de Universidad Libre de Cúcuta: <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/download/273/270>
- Ramelli, A. (2015). *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes*. España: Universidad de Medellín.
- Rawls, J. (1986). *Justicia como Equidad*. Tecnos.
- Santofimio, J. (2012). La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema Jurídico del derecho positivo colombiano. *Revista de derecho de la universidad de Montevideo*, 7.
- Stiglitz, J. (2002). *El malestar en la globalización. Traducción de Carlos Rodríguez Braun*. Madrid: Taurus.
- Uprimny, R. (2017). *dejusticia*. Recuperado el Diciembre de 2019, de cdn.dejusticia.org: https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_47.pdf

METODOLOGÍA DE IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN PENAL A ADOLESCENTES EN EL CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA DE LA LEY 1098 DE 2006¹

 **Rodolfo Mantilla Jácome**

Universidad Autónoma de Bucaramanga,
Bucaramanga, Colombia
rmantilla3@unab.edu.co

 **Carolina Bayona Rangel**

Universidad Autónoma de Bucaramanga,
Bucaramanga, Colombia
jbayona8@unab.edu.co

 **Carlos Mario Frías Rubio**

Universidad Autónoma de Bucaramanga,
Bucaramanga, Colombia
cfrias@unab.edu.co

RESUMEN

El presente artículo se pregunta por la metodología en la imposición a la sanción penal de adolescentes, que se encuentra en tensión entre el derecho penal de acto dispuesto para todas las personas y el derecho penal de autor con normas especializadas que aluden a la edad, circunstancias y necesidades del adolescente. A esta pregunta se llega mediante la descripción de las características normativas de la sanción penal a adolescentes a partir de los modelos teóricos de responsabilidad de adolescentes, la sistematización de las fuentes del derecho y la interpretación de las normas de la Ley de infancia y adolescencia en Colombia, en conjunto con los principios constitucionales que rigen la

¹ Producto final de del proyecto de investigación “Criterios modulares de la sanción en responsabilidad penal de adolescentes”, con fecha de inicio en agosto de 2015 y finalización en septiembre de 2016; avalado y financiado por la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas Laureano Gómez Serrano, Grupo de investigación Familia, Género y Conflicto.

responsabilidad penal y los derechos de los niños y adolescentes. Como resultado se encuentra que la imposición de la sanción penal obedece a unos criterios de prevención general, proporcionalidad y prevención especial que deben ser analizados en un orden específico para garantizar los derechos de los adolescentes.

Palabras clave: Derecho penal de acto, garantías penales de adolescentes, imposición de la sanción penal.

METHODOLOGY FOR IMPOSING CRIMINAL PENALTIES ON ADOLESCENTS AS PER THE CODE OF INFANTS AND ADOLESCENTS OF LAW 1098 OF 2006

ABSTRACT

This article raises questions on the methodology of imposing criminal penalties on adolescents, which is in tension between offense-based criminal law provided for all people and offender-based criminal law with specialized regulations that allude to the age, circumstances and needs of the adolescent. This question was raised by describing the regulatory characteristics of criminal penalties for adolescents based on theoretical models of the responsibility of adolescents, the systematization of sources of law and the interpretation of the Colombian Law of Infants and Adolescents, along with the constitutional principles that govern criminal responsibility and the rights of children and adolescents. As a result, it was found that imposing criminal penalties follows general prevention, proportionality and special prevention criteria, which must be analyzed in a specific order to ensure the rights of adolescents.

Keywords: offense-based criminal law, criminal guarantees of adolescents, imposing criminal penalties.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo es el producto final del proyecto de investigación “Criterios moduladores de la sanción en responsabilidad penal de adolescentes”. En este se describen las disposiciones y reglas de imposición de la sanción penal a adolescentes en el marco de la Ley 1098 de 2006, la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad que establece los principios que rigen la colisión entre los intereses de la sociedad en proteger bienes jurídicos mediante el derecho penal y el interés superior y prevalente de los adolescentes que infringen la ley penal.

El objetivo general de este trabajo es establecer los elementos normativos para imponer la sanción penal a adolescentes. La Ley 1098 de 2006 establece criterios de prevención general, retribución y de prevención

especial. La prevención especial es problemática puesto que es difusa y de difícil determinación, lo que trae incertidumbre en las sanciones, y esto es contrario al principio de legalidad de las penas. Asimismo, permite un derecho penal de autor que, indebidamente aplicado, disminuye el estándar de garantías de los adolescentes por debajo del sistema de adultos, lo cual es manifiestamente contrario a la Constitución en su artículo 44, en el que impone que los niños y adolescentes gozarán de los mismos derechos fundamentales que los adultos.

Mediante la implementación de la normativa jurídica en materia de garantías penales, se propone solucionar la incertidumbre y las contrariedades que significa el derecho penal de autor en la imposición a la sanción. Esto se logra mediante el establecimiento de un orden lógico de análisis en los criterios para imponer la sanción a adolescentes.

1. Los adolescentes como sujetos de derecho penal

Los principios del régimen de responsabilidad penal de adolescentes están contemplados en la Constitución Política (artículos 45, 44 y 29) y el Bloque de Constitucionalidad del que se señala la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y los instrumentos técnicos que la desarrollan, a saber, las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* o “Reglas de Beijing” (aprobadas mediante la Resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (aprobadas mediante la Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990). Principios constitucionales y compromisos internacionales en Derechos Humanos desarrollados por la Ley 1098 de 2006.

El anterior sistema normativo tiene como fundamento un tratamiento penal diferenciado para los adolescentes por su condición de vulnerabilidad y por ser sujetos en formación (Hoyos, 2013). Esto se traduce en un tratamiento punitivo diferente en el que la sanción penal está dirigida a finalidades específicas restaurativas y educativas (artículo 178, Ley 1098 de 2006). Las restaurativas para aquellos adolescentes inmersos en el delito por cuenta de deficiencias familiares o socio económicas. La sanción tiene como propósito restablecer los derechos del adolescente. En concordancia, la finalidad educativa se soporta en que el adolescente es un sujeto aún en formación, por lo que necesita un tratamiento diferenciado.

El régimen de responsabilidad previsto para los adolescentes, de acuerdo con los principios constitucionales (artículos 44 y 45 de la Constitución Política) e internacionales (Ley 12 de 1990) establecen un sistema de responsabilidad contrario al antiguo sistema tutelar o de situación irregular, que consideraba como incapaz al menor de edad, a quien no se trataba como sujeto de derechos sino como objeto de protección (Hoyos,

2013). En consecuencia, las conductas delictivas de menores de edad eran motivo de medida de aseguramiento en la que se atendía a las condiciones del sujeto sin importar esto un juicio penal con las mismas garantías de los adultos.

El modelo de responsabilidad penal de adolescentes establecido por el ordenamiento superior y desarrollado por la Ley 1098 de 2006 comprende a los adolescentes como sujetos plenos de derechos y capaces de comprender sus actos y hacerse responsables de estos mediante una sanción penal. Por lo tanto, tiene como columna vertebral que los adolescentes gocen al menos de las mismas garantías que los adultos en un juicio, es decir, que su responsabilidad sea valorada desde las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, con las formas propias del proceso penal.

La sanción penal de adolescentes está basada en la capacidad de estos para asumir jurídicamente las consecuencias de sus conductas delictivas. No obstante, dadas las condiciones especiales del sujeto y la prevalencia de sus derechos, las consecuencias del delito han sido reguladas en su integridad por el régimen de adolescentes en los términos del artículo 152 de la Ley 1098 de 2006 que exige las garantías propias de la ley penal para la declaración de responsabilidad (Frias, 2017). Así lo ha entendido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

A este respecto es necesario puntualizar que el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, con el fin de garantizar el trato especial y diferenciado de éstos en relación con el dispensado a los adultos que infringen la ley penal, aun cuando en la parte sustantiva es dependiente de las categorías dogmáticas propias del Código Penal (Ley 599 de 2000), pues las hipótesis de violación por las que puede responder un menor de edad son las definidas allí como delitos —atendiendo sus elementos (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad); los institutos de la autoría y la participación; la tentativa, y las modalidades subjetivas del tipo (dolo, culpa, preterintención), etc.—, igualmente es autónomo respecto de la consecuencia jurídica, pues contempla una serie de medidas para sancionar al menor transgresor de naturaleza y contenido distinto de las establecidas para los mayores de edad, las cuales responden también a unos fines diversos, y tienen sus propios criterios de selección y dosificación. (CSJ, SCP, 7 jul. 2010, SC, 33510, J. Socha Salamanca)

2. La sanción penal de adolescentes

La sanción penal a adolescentes es desarrollada por los instrumentos internacionales, a saber, la Convención Internacional de los Derechos del Niño aprobada por la Ley 12 de 1990 y que hace parte del bloque de constitucionalidad, así como las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para*

la *administración de la justicia de menores* o “Reglas de Beijing” (aprobadas mediante la Resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (aprobadas mediante la Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990). Estos dos últimos instrumentos no han sido incorporados como tratados internacionales propiamente dichos, pero sí tienen reconocimiento como desarrollo de los principios fundamentales en la Ley 12 de 1990 (preámbulo) que adopta el Tratado Internacional sobre los Derechos del Niño. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional los entiende incorporados al bloque de constitucionalidad así:

Dichos instrumentos han sido considerados por la jurisprudencia de esta Corporación como la “codificación de las principales obligaciones internacionales de Colombia en la materia”, y como tales han sido considerados como parámetros de control de las disposiciones legales que regulan la materia. (CC, 30 sep. 2009, C-684, H. Sierra Porto).

En similares términos, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, luego de citar estos instrumentos internacionales les ha conferido efecto jurídico vinculante así:

Los citados documentos, por constituir doctrina autorizada en materia de protección de derechos humanos o expresiones consuetudinarias de derecho internacional humanitario, no solamente pueden, sino que deben ser considerados pieza integral del bloque de constitucionalidad, en la medida en que están referidos a la interpretación, concreción y activación de principios generales y mandatos fundamentales explicitados en diferentes tratados internacionales ratificados por Colombia, siendo por lo tanto vinculantes en el ordenamiento interno según lo dispuesto en los artículos 44, 45, 93 y 94 de la Constitución Política, y deben ser acogidos en los casos de procesamiento de menores de edad por violación de la ley penal. (CSJ, SCP, 7 jul. 2010, SC, 33510, J. Socha Salamanca)

El sistema de fuentes del régimen de responsabilidad penal de adolescentes, incluyendo su sanción, se desarrolla esencialmente en el plano constitucional y el bloque de constitucionalidad. A su vez, los anteriores principios son desarrollados por la Ley 1098 de 2006 con carácter de ley especial y por el Código Penal en aquellas garantías comunes con el sistema de adultos.

3. Edad del adolescente

La Convención Internacional de los Derechos del Niño ordena en el artículo 40, numeral 3, literal a, el establecimiento de una edad mínima antes de la cual los niños o adolescentes no podrán ser sancionados penalmente. Este compromiso lo desarrolla la Ley 1098 mediante el artículo 3 que define como niños a aquellas personas menores de 12 años

de edad y como adolescentes a quienes estén entre los 12 y 18 años de edad. Para efectos penales, el artículo 142 de la Ley 1098 de 2006 excluye de toda responsabilidad a los menores de catorce años, quienes de involucrarse en la comisión de un delito serán solo sometidos a medidas de restablecimiento de derechos.

Las personas mayores de catorce años, en principio son penalmente responsables por disposición del artículo 139 de la Ley 1098 de 2006, pero las consecuencias de esta responsabilidad se encuentran matizadas en función de la sanción, la edad exacta y la gravedad del delito.

El artículo 187 para la sanción de privación de la libertad establece que solo se podrá imponer a aquellos adolescentes en edades entre 16 y 18 años, en delitos cuya pena mínima sea o exceda los seis años de prisión. En este caso al referirse el legislador a delitos con una pena mínima, debe tenerse en cuenta exclusivamente el tipo penal y su pena para comprenderlo dentro de aquellos que motivan la privación de la libertad. No podrán tenerse en cuenta condiciones como la complicidad o tentativa para argumentar una disminución de la pena y excluir la privación de la libertad. Lo anterior porque la ley expresamente señala: “la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de seis años de prisión” (Ley 1098 de 2006, art. 187). En este caso se atiende al concepto de delito con su pena mínima, y no a criterios como la pena imponible o la pena prevista por la Ley, como ocurre con el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal. También se impone la privación de la libertad a aquellos adolescentes cuya edad sea o exceda los 14 años por delitos de “homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual”.

Así, la Ley 1098 establece que son sujetos de responsabilidad penal los adolescentes mayores de 14 años, pero en relación con delitos graves serán privados de la libertad solo los mayores de 16 años y, solo por tratarse de delitos muy graves contra la vida o la libertad individual, los adolescentes de 14 años en adelante.

4. Las consecuencias de la conducta punible en adolescentes

4.1. Las funciones de la pena

La *teoría de la pena o fundamentación de las sanciones penales en la dogmática penal* se desarrollan en dos grandes posiciones (Bacigalupo, 1994). La primera es la *teoría absolutista*, que tiene como presupuesto la existencia de un orden moral o contenido moral en los derechos. Por lo que el delito como lesión a un bien jurídico exige una reacción que compense el daño provocado. Esta posición contempla la pena con una función eminentemente retributiva, en el que aquel sujeto que causa un mal se debe ser sancionado con otro mal en procura de restaurar la justicia. La

segunda, la *teoría relativista* de la pena no atiende al criterio de justicia u orden moral por restablecer, sino que fundamenta la imposición de la pena en las necesidades sociales, por lo que la prevención de conductas ilícitas es la manera como el derecho penal protege los derechos de las personas. Esta prevención se manifiesta en dos niveles, la *prevención general* que surte efecto antes del delito, en la que las personas que tengan alguna motivación para cometer una conducta típica se persuadan de no hacerlo por cuenta de las consecuencias punitivas que esta acarrearía. Para que esto funcione se requiere que los delitos cometidos sean efectivamente sancionados y así la población se motive frente a una amenaza real de castigo. En consecuencia, se requiere que las personas enjuiciadas tengan la capacidad de comprender la licitud de la conducta y las consecuencias de esta.

El segundo nivel es la *prevención especial*, que opera sobre el sujeto que comete el delito y oscila entre la resocialización y la anulación del delincuente. La resocialización consiste en tratar al delincuente de tal manera que acoja los valores sociales, respete los derechos ajenos y cumpla sus deberes como ciudadano. Desde esta perspectiva, la prisión debe surtir un efecto educativo o de mejoramiento en el preso, de tal manera que aprenda un oficio o pule su personalidad para vivir en sociedad. La anulación del delincuente, como el otro extremo de la *prevención especial* opera al excluir al sujeto de la sociedad mediante severas penas de prisión.

El Código Penal colombiano establece estas funciones de la pena en los artículos 3 y 4 acogiendo ambas teorías de la pena. Pero las funciones de prevención especial y la resocialización son criterios a tener en cuenta en el momento de la ejecución de la pena y no de su imposición. Esta es una garantía que excluye el derecho penal de autor, de tal manera que en la imposición de la pena no se tengan en cuenta condiciones personales del autor, consolidando así un derecho penal de acto en los términos del artículo 29 de la Constitución.

En el sistema de responsabilidad penal de adolescentes la naturaleza de la sanción ha sido objeto de discusión. Para el modelo tutelar o de situación irregular del menor, estas funciones de la pena no corresponden a la medida que se les impone a los adolescentes porque, al considerarlos incapaces o inimputables, no se surten los efectos de retribución o prevención.

Para el modelo de justicia de responsabilidad de adolescentes que reconoce a estos como sujetos capaces, se entiende que la privación de la libertad y demás consecuencias penales son, en esencia, una restricción de derechos fundamentales como consecuencia de una conducta punible (Cillero, 2007). Por ello, la imposición de estas sanciones necesariamente está soportada en uno o ambos principios que rigen las sanciones penales,

es decir, la prevención y la retribución como principios que modulan el conflicto entre los intereses del adolescente infractor y los de la sociedad (D'antonio, 1992).

Vale agregar que estos principios de la pena cumplen una función garantista porque limitan y exigen racionalidad del ejercicio de poder punitivo del Estado, por lo que negarlas en el sistema de adolescentes genera una vulneración a estas garantías incurriéndose en el desconocimiento de derechos propio del modelo tutelar.

4.2. Función de la sanción penal a adolescentes

Las sanciones penales a adolescentes en el régimen colombiano también responden a funciones de prevención y retribución. Esto se aprecia desde el bloque de constitucionalidad en *las reglas de Beijing*, regla 17, sobre principios rectores de la sentencia y la resolución. Esta norma determina que la sanción se debe ajustar a principios de proporcionalidad entre las necesidades del adolescente y de la sociedad con relación a la gravedad del delito. Esto permite concluir que la sanción de adolescentes responde al criterio de proporcionalidad que debe existir entre la gravedad de la conducta y las necesidades de la sociedad.

El artículo 139 de la Ley 1098 de 2006 establece los elementos del sistema penal de adolescentes. Se fundamenta expresamente en el concepto de responsabilidad, que convoca factores como la capacidad del sujeto y las funciones de prevención general y retribución de la pena. Así mismo, contempla el sistema como mecanismo para imponer consecuencias jurídicas a delitos cometidos por personas entre los 14 y los 18 años. Igualmente, el *Estatuto de responsabilidad penal de adolescentes* establece que el proceso penal y las medidas que se imponen a consecuencia de declarar la culpabilidad en la comisión de un delito serán de carácter pedagógico, específico y diferenciado.

El aspecto pedagógico no corresponde a los mismos términos de la prestación de un servicio público de educación, sino que consiste en una educación penal fundada en la prevención especial (COUSO, 2007), que busca la intimidación para evitar futuros delitos, así como la resocialización como capacidad de la persona para vivir en la sociedad y cumplir sus expectativas de vida mediante el desarrollo de actividades lícitas.

Este modelo educativo le atribuye gran importancia a la prevención especial al momento de la imposición de la sanción, al contrario de lo que ocurre en el sistema de adultos, en el cual esta función solo es válida para la ejecución de la pena (Código Penal, art. 4).

Dicha educación también se predica del proceso penal, que no solo es el método y garantía para la declaración de responsabilidad penal, sino que, en conjunto con varios mecanismos como el principio de oportunidad y los medios de reparación a las víctimas, podrá ofrecer al adolescente efectos de prevención especial sin necesidad de emitir una sentencia condenatoria que restrinja innecesariamente sus derechos.

Debe diferenciarse la finalidad pedagógica del sistema penal de adolescentes del derecho a la educación, porque este último es un derecho del adolescente (art. 180) que debe darse en los términos que exige la Constitución, es decir, en libertad (art. 27), en igualdad (art. 13), y con el fin de permitir el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura (art. 67). Esto no se lograría si se plantea una educación para personas privadas de la libertad diferente de la que reciben todos los demás adolescentes en libertad. Por ello la finalidad pedagógica debe interpretarse en un instituto diferente a la educación que se recibe como servicio público. Lo anterior no es óbice para que el adolescente privado de la libertad reciba servicios sociales dirigidos a que supere su tendencia a delinquir.

El carácter específico se refiere a que el sistema penal de adolescentes se funda en las calidades especiales del sujeto que es juzgado, por lo que las normas del proceso y las imposiciones de medidas se dirigen a un ser humano en formación, cuyos derechos tienen el carácter de interés superior. Esto quiere decir que deben ser garantizados con relación a otros intereses, por lo que el proceso y la imposición de medidas deben ser acordes con el derecho del adolescente a la educación, a tener una familia, a la salud, a la cultura y demás que, finalmente, le posibiliten el desarrollo personal y pleno en la sociedad.

El carácter diferenciado es la materialización del compromiso internacional por un régimen de responsabilidad penal y de procedimiento penal diferente al de los adultos. Tal principio funge como criterio interpretativo en el que todas las disposiciones del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal deberán consultar el interés superior del menor como refuerzo de las garantías penales.

El carácter pedagógico, específico y diferenciado hace referencia a la garantía de justicia restaurativa, de verdad y de reparación del daño. Estos son límites a las posibles interpretaciones más beneficiosas que puedan surgir en relación con la responsabilidad penal del adolescente, que se concretan en los derechos de las víctimas como otra garantía del proceso, además del ya mencionado interés superior de los derechos del adolescente.

En consecuencia, el proceso y la sanción no tienen solo como finalidad el trato diferenciado, pedagógico y específico del adolescente, sino que

además procuran la protección y garantía de las víctimas en un delito, cuyos intereses deben ser satisfechos en términos de verdad, restauración y reparación antes de la implementación de mecanismos alternativos para el tratamiento del menor infractor.

El artículo 161 establece que la privación de la libertad solo procede como medida pedagógica, que, de acuerdo al análisis anterior, no corresponde a la prestación de un servicio público de educación, sino que se traduce en términos de prevención especial con la característica de dirigirse a sujetos especiales en formación, como lo son los adolescentes. Las finalidades de la sanción penal a adolescentes están descritas en el artículo 178 de la Ley 1098 de 2006: “Las sanciones señaladas en el artículo anterior [178] tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa”.

La finalidad educativa radica en el juzgamiento a un sujeto que se encuentra en una etapa de su vida en la que no ha consolidado su formación, por lo que este es susceptible de una intervención que implique un tratamiento diferente en materia de protección y resocialización. Esto le permitirá asumir como propios los valores y conductas que lo capaciten para vivir en sociedad sin lesionar bienes jurídicos o vulnerar el ordenamiento jurídico.

La finalidad restaurativa atiende a las circunstancias de la comisión del delito que indican una situación de vulneración de derechos para el adolescente. Así, se asume que normalmente los adolescentes que delinquen se encuentran en circunstancias de pobreza, abuso, marginalidad entre otras que los llevaron a delinquir. Esta posición se fundamenta en el modelo tutelar y en su aplicación debe evitarse en desconocer otras garantías penales.

La finalidad protectora se refiere a las necesidades de la sociedad y de las víctimas, para las que el derecho penal cumple la importante función de proteger bienes jurídicos, mediante la prevención, con el poder disuasorio de la sanción o el tratamiento sobre el delincuente, para evitar su reincidencia, ya sea por una rehabilitación o extracción del sujeto de la sociedad. Para los adolescentes esta función del derecho penal continúa vigente y reside en esta función de protección. Este criterio es acogido por la Corte Suprema de Justicia: “Ahora bien, la finalidad protectora de todas las sanciones apunta a alejar al menor transgresor y a prevenir a la sociedad de nuevas conductas delictivas por parte de éste” (CSJ, SCP, 7 jul. 2010, SC, 33510, J. Socha).

Así, el derecho penal de adolescentes implica primordialmente la restricción de derechos fundamentales del infractor, por lo que sus medidas no pueden tenerse como un beneficio hacia el adolescente, sino una sanción que para su imposición requiere de todas las garantías propias del derecho penal.

Las funciones de la sanción penal de adolescentes deben incorporar las garantías punitivas de la pena o derecho penal común: “*prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.*” (artículo 4, Código Penal). No obstante, en cumplimiento de la Constitución y tratados internacionales que imponen como límite punitivo, además de todas las garantías ya existentes, como la prevalencia e interés superior de los derechos del adolescente, estas funciones adquieren formas más complejas. La prevención especial y reinserción social adquieren la mayor importancia y se denominan como función pedagógica.

Las funciones de prevención general y retribución son comprendidas en la función protectora, que desarrolla los intereses de la sociedad que protege el sistema penal de adolescentes. La regla 17 de las Reglas de Beijín establece como principio rector: “La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad” (Regla 17).

En esta disposición se aprecia como base de la sanción el principio de proporcionalidad a las circunstancias y gravedad del delito, criterios que necesariamente requieren una valoración del daño provocado y la respuesta que jurídica que debe dársele. En esto reside el principio de retribución de la pena. Pero, además, la regla requiere de la ponderación entre las necesidades del menor y las necesidades de la sociedad que es la prevención general de las conductas delictivas. A los criterios de definición de la sanción penal contenidos en el artículo 179 de la Ley 1098 de 2006 les subyacen las funciones de la pena del derecho penal:

1. *La naturaleza y gravedad de los hechos:* La valoración de la naturaleza y gravedad de los hechos requieren criterios de prevención general y retribución, en el que se determine la necesidad de la sanción penal de acuerdo a la afectación de bienes jurídicos por la conducta delictiva del adolescente.
2. *La proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos; las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad:* Esta disposición requiere de la ponderación entre los intereses superiores del adolescente y la necesidad de la sociedad que, en términos penales, son las relativas a prevención general.

Así mismo, se consideran la edad del adolescente (3), *la aceptación de cargos por el adolescente* (4), *el incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez* (5) y *el incumplimiento de las sanciones* (6). Estos criterios obedecen, a su vez, a los criterios de prevención especial y reinserción social. Atañen a las condiciones personales del sujeto y requieren del fallador para determinar

los requerimientos punitivos de cada caso en concreto.

Las funciones de prevención y retribución también son patentes en el artículo 187 de la Ley 1098 de 2006 que regula lo relativo a la privación de la libertad de los adolescentes, la cual procederá para aquellos mayores de 16 años, declarados responsables por delitos cuya pena mínima sea o exceda los 6 años, para lo cual se prevé una sanción penal de 1 a 5 años. Con lo anterior se desarrolla el principio de interés superior del menor, en el que se imponen sanciones inferiores en menoscabo de los intereses de la sociedad, en materia de prevención. Esto, en procura de la realización de los derechos del adolescente.

Sin embargo, el mismo artículo concede una mayor entidad a los intereses de la prevención que tiene la sociedad cuando se trata de delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual. Para estos casos la Ley ha determinado que procede la privación de la libertad para adolescentes desde los catorce años de edad y que serán sometidos a privación de la libertad de dos a ocho años “con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas” (Ley 1098 de 2006, art. 187).

Esta última disposición, relativa al cumplimiento de la sanción y la exclusión de beneficios, solo puede entenderse desde la óptica de las necesidades de la sociedad en materia de prevención y retribución, que si bien, no igualan la sanción a la del régimen penal de adultos, sí mantienen una política criminal más estricta para este género de delitos, con el fin de proteger a la sociedad.

También prevé la norma que la privación de la libertad podrá sustituirse por otra de las no privativas de libertad del artículo 177 de la Ley 1098 de 2006, bajo el criterio de prevención especial y reinserción social que el sistema de responsabilidad penal de adolescentes privilegia al introducirse el concepto de interés superior del niño. Esta sustitución en principio no es aplicable para aquellos delitos meritorios de la sanción entre 2 y 8 años de privación de la libertad.

4.3. Sanciones a adolescentes declarados penalmente responsables

El artículo 177 enuncia las sanciones imponibles a los adolescentes que pueden clasificarse como no privativas de la libertad: la amonestación, la imposición de reglas de conducta, servicios a la comunidad, libertad asistida o internación en medio semicerrado. En estas medidas se han minimizado las funciones de prevención y retribución que comprenden los intereses de la sociedad. Esto es modulado por el juez penal de adolescentes de acuerdo a su apreciación sobre los requerimientos pedagógicos y educativos del adolescente.

Por otro lado, se presenta la medida de *privación de libertad en centro de atención especializado*, que consiste en la restricción efectiva al derecho de la libertad del adolescente. Es la forma más restrictiva de sanción contra estos sujetos de especial protección y solo procede por delitos con penas mínimas iguales o superiores a 6 años o por delitos contra la vida, la libertad, y los agravados sexuales. Esta clase de sanción obedece a criterios de prevención y retribución, como los intereses de la sociedad de desmotivar o reprimir estas conductas delictivas.

4.4. Imposición y modulación de la privación de la libertad en adolescentes

A pesar de su flexibilidad y de sus fines pedagógicos, la sanción penal a adolescentes es una restricción de los derechos fundamentales como consecuencia a una conducta ilícita, por lo que no debe incurrirse en el error de considerarse como un beneficio para una persona entre 14 y 18 años, con el pretexto de que se encuentra desprotegida o abandonada.

En consecuencia, las funciones de la sanción penal de adolescentes atienden a las necesidades sociales que satisface el derecho penal: la prevención y la retribución de conductas lesivas para proteger la convivencia pacífica. Frente a estas necesidades se presenta el interés superior del niño, niña o adolescente que realiza conductas punibles.

La imposición de sanciones penales a adolescentes plantea una tensión entre los intereses de la sociedad y el interés superior del menor. Sin embargo, esta posición propone una ponderación que en principio es de insatisfactoria solución por la colisión que se presenta entre la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (Constitución Política, art. 44,) y la prevalencia del interés general (art. 1).

Dicha tensión es solo aparente si se atienden a las reglas de interpretación del Derecho Internacional sobre los Derechos Humanos (Cillero Bruñol, 2007), en que los tratados internacionales son compromisos del Estado, por lo que se deben determinar los derechos del niño y los deberes del Estado. Tanto el interés superior del menor como el sistema de responsabilidad penal implican, para el Estado, compromisos internacionales de limitar el poder punitivo, por lo que estos principios no colisionan, sino que se complementan.

Por lo anterior, el interés superior del niño impone una protección adicional en el ámbito del derecho penal, como una garantía ante el sistema responsabilidad penal que ya es, esencialmente, una estructura de garantías con límites al poder estatal. Así, desde el bloque de constitucionalidad se construye un sistema de responsabilidad con garantías reforzadas.

El primer análisis que debe realizar el juzgador, una vez se determina la responsabilidad penal, es la sanación aplicable al caso, cuyas opciones son descritas por el artículo 177. Estas se clasifican en *no privativas de la libertad* y *en privativas de la libertad*. Para la escogencia de una u otra se presentan en algunas reglas imperiosas, y en otros son decisión del juez.

La discrecionalidad del juez es un principio del sistema de adolescentes sentado en el artículo 40, numeral 3, literal b) de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, así como el principio 6 de las Reglas de Beijín. Se tiene por finalidad la desjudicialización de los adolescentes, la privación de la libertad como *ultima ratio*, y la satisfacción de las necesidades especiales de los adolescentes. El juez podrá escoger entre diferentes sanciones la que mejor satisfaga los intereses de la sociedad y los intereses del adolescente. No obstante, en la Ley 1098 de 2006, tienen vigencia reglas que, en delitos concretos, obligan al juez a imponer la privación de la libertad y, en otros casos, generan una tendencia hacia esta medida.

De acuerdo al artículo 187 de la ley 1098 de 2006, cuando el adolescente sea declarado responsable por delitos de "*homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual*" será imperiosa la privación de la libertad en los siguientes términos: "En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración desde dos (2) hasta ocho años (8), con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas" (art. 187).

En aquellos delitos específicos, el juez carece de discrecionalidad para determinar una sanción penal diferente a la privación de la libertad. Esta norma privilegia los intereses de la sociedad al reprimir delitos muy graves en menoscabo de las garantías penales para adolescentes. En los demás delitos que sean susceptibles de privación de la libertad, la medida será impuesta por valoración del juez a los criterios del artículo 179 de la Ley 1098 de 2006 cuya interpretación y aplicación se realiza mediante la ponderación que busque optimizar, en la mayor medida posible, los intereses de la sociedad y los intereses del adolescente, juicio que se realizará en cada caso concreto. Así mismo, de considerarse necesaria la privación de la libertad, esta podrá ser sustituida a discreción del juez.

El artículo 179 de la Ley 1098 de 2006 también impone los criterios para la tasación y modulación de la sanción penal, que deben ser valorados en ese orden y de manera progresiva para garantizar la igualdad ante la Ley, el derecho penal de acto y el interés superior del adolescente.

Como ya se ha dicho, un principio fundamental del sistema de responsabilidad penal de adolescentes es que las funciones especializadas de la sanción no pueden ser tenidas como un beneficio, y que estas

deben respetar las garantías que se les conceden a los adultos, por lo que el primer análisis que debe realizar el intérprete es en relación de las funciones y finalidades generales de la sanción penal. Esto es lo relativo a la prevención general y a la retribución como garantías generales de racionalización del ejercicio del poder punitivo del Estado.

El artículo 179 desarrolla las funciones de prevención general y retribución en el numeral 1 y parcialmente en el numeral 2, que llaman al juez a una valoración en términos de la naturaleza y gravedad de los hechos y las necesidades de la sociedad. En esta primera valoración el juez, de acuerdo a esos criterios, estimará una sanción con fundamento a la necesidad, proporcionalidad y racionalidad.

Posteriormente, el Juez valorará progresivamente los criterios 2 (parcialmente), 3, 4, 5 y 6 del artículo 179, a los que les subyace un fundamento de prevención especial, que debe ser un argumento exclusivamente despenalizador (COUSO, 2007). Esto implica que (i) la edad del adolescente, (ii) la aceptación de cargos por el adolescente, (iii) el incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez, (iv) el incumplimiento de las sanciones y, en especial, (v) las necesidades del adolescente previstas en el numeral 2 deben dirigirse solo a disminuir la sanción penal prevista en términos de prevención general y retribución que fundan los numerales 1 y 2.

La razón de esta valoración progresiva, en la que primero se debe estimar una sanción con criterios de retribución y prevención general, para posteriormente implementar una disminución o despenalización por criterios de prevención especial, obedece a que, de otro modo, se desconocerían (I) las garantías penales propias del sistema de adultos de excluir un derecho penal de autor y, además, (II) la condición de adolescente generaría una desventaja punitiva.

En relación con las garantías básicas del sistema de responsabilidad penal común, debe atenderse la prevención general y la justa retribución, que son garantías penales que limitan el poder del Estado en su forma de Juez penal para castigar a sus ciudadanos. En ese sentido, negar este análisis implica privar al adolescente de una garantía penal elemental.

Por otro lado, la prevención especial en el régimen común, solo se tiene en cuenta en la ejecución de la sanción penal y no en la imposición, lo que cambia diametralmente en el régimen de adolescentes, porque como ya fue demostrado, la prevención especial es un fundamento medular en la imposición de la sanción. Sin embargo, en el régimen penal común se ha excluido la prevención especial como criterio de tasación e imposición de pena, para garantizar el principio de derecho penal de acto, pues la prevención especial atiende a criterios personales, lo que desembocaría en la imposición de penas por criterios peligrosistas o relativos a

clases sociales. Por ejemplo, es un error decidir, en un mismo delito de homicidio, un indigente requiere una mayor pena para resocializarse que una persona con educación superior. Como puede concluirse, la exclusión de la prevención especial en la imposición de la sanción penal también protege el principio de igualdad ante la ley en materia penal.

Así, de nuevo, el criterio de prevención especial debe ser aplicado a los adolescentes solo como criterio despenalizador o disminuyente de la sanción, para que se respete la garantía fundamental de derecho penal de acto y el principio de igualdad.

Para poder disminuir se requiere de la sanción tasada por la valoración de la prevención general y la retribución contenida en el numeral 1 y parcialmente en el numeral 2 del artículo 179, de acuerdo a las características del adolescente, desde la perspectiva de la prevención especial que valorará las necesidades personales del adolescente para ser resocializado y educado.

Esta interpretación permite a los adolescentes declarados penalmente responsables gozar de las mismas garantías penales que los adultos y, al mismo tiempo, la vigencia del interés superior del adolescente, que tiene como consecuencia disminuir la sanción atendiendo a las funciones educativas y restaurativas de la sanción penal.

Conclusiones

El régimen de responsabilidad penal desarrollado en la Ley 1098 de 2006 establece una preponderancia de la función de prevención especial en la imposición de la sanción penal al adolescente. En este régimen se atienden las características personales del adolescente para la imposición de la sanción penal. Esto trae el problema de valorar la conducta de un ciudadano a partir de la prevención especial. La prevención especial es contraria a las garantías penales porque escapan al control que ofrece el principio de legalidad estricto, en el que los presupuestos de la conducta punible son determinados por el legislador y no por el juez (Ferrajoli, 1989, p. 33). Así mismo la prevención especial tiene tendencia hacia el derecho penal de autor en el que se juzga la peligrosidad del sujeto para la sociedad, lo cual es contrario a la garantía constitucional del derecho penal de acto (Constitución Política, art. 29).

En el régimen penal de adolescentes, es un principio trascendental que estos gozan de los mismos derechos y garantías que los adultos. Esto es patente en todas las normatividades (artículo 40, Convención Internacional de los Derechos del Niño; artículo 44, Constitución Política; artículos 151, 140, parágrafo de la Ley 1098 de 2006). En consecuencia, bajo ningún motivo el sistema penal de adolescentes puede resultar más restrictivo que el sistema de adultos.

El sistema de responsabilidad penal de adolescentes tiene fundamento en el interés superior del niño o adolescente, lo que impone la ponderación al legislador para establecer un sistema punitivo más benigno que le permita al condenado la realización de todos sus derechos y expectativas a pesar de haber cometido una conducta punible. A su vez, los principios penales fungen como garantías de límites al poder punitivo del Estado sobre los ciudadanos.

El interés superior del niño en materia penal tiene la naturaleza de ser una garantía adicional al sistema común. A partir de esto es concluyente que los criterios de prevención especial para la imposición de la sanción penal deben respetar las garantías del sistema de adultos. Esto es el derecho penal de acto y la estricta legalidad en el juzgamiento e imposición de penas. Por su parte, la prevención especial es contraria a estos dos principios porque valora las condiciones del delincuente y no la conducta punible. La prevención especial es contraria al principio de estricta legalidad porque le es inherente una enorme discrecionalidad al juez, que determinará por criterios naturales, ontológicos o sociales el merecimiento y necesidad de la pena.

En consecuencia, para que la aplicación de criterios de prevención especial respete las garantías fundamentales en el sistema de adolescentes, esta debe fungir como argumento exclusivamente despenalizador o solo como disminuyente de la sanción penal. Por ello, en el presente artículo se concluye que la tasación de la sanción penal requiere la valoración de criterios de prevención general y retribución. Esto es conforme al orden de los criterios de imposición de la sanción penal que establece el artículo 179 de la Ley 1098 de 2006, en el que el criterio del numeral 1 y parcialmente el numeral 2 se fundamentan en las necesidades de la sociedad que satisface el derecho penal, que deben ser entendidas desde la prevención general y la retribución. Posteriormente, en los numerales 2 y siguientes se desarrollan criterios de prevención especial que, como ya se demostró, deben ser aplicados con finalidades exclusivamente despenalizadoras.

Por último, el sistema de responsabilidad de adolescentes se desarrolla conforme a las exigencias constitucionales de protección de la sociedad y del interés superior del niño, lo que es apreciable en sus normas, que le conceden una amplia discrecionalidad al juez para valorar las condiciones personales de cada sujeto, así como un sistema de sanciones dirigido exclusivamente a la resocialización o educación del adolescente. Pero a su vez, tampoco descuida las necesidades de la sociedad, las cuales siempre son criterio en la tasación de la sanción.

Referencias

- BACIGALUPO, E. (1994). Manual de derecho penal, Editorial Temis, Bogotá.
- CILLERO BRUÑOL, M. (2007). La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño, en UNIFEC, Justicia y derechos del niño, número 9, Santiago de Chile.
- COUSO, J. (2007). Principio Educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil en UNIFEC, Justicia y derechos del niño, número 9, Santiago de Chile.
- D'ANTONIO, D. (1992). El Menor Ante el Delito, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- FRIAS, CM. (2017). Fundamentos de la responsabilidad penal de adolescentes en la ley 1098 de 2006. Revista Criterios. Cuadernos de ciencias jurídicas y política internacional. Vol. 10. N.º 2 p. 95-121. julio-diciembre de 2017. <https://doi.org/10.21500/20115733.3787>
- GEISSE GRAEPP, F. (2003). Bases y Limites Para la Responsabilidad Penal de los Adolescentes. En Revista de Derecho, Vol. XIV.
- HALL GARCIA, A. (2004). La Responsabilidad Penal del Menor, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- HOYOS BOTERO, C. (2013). Dilemas Psicojurídicos en materia de derecho penal juvenil, Medellín, Ediciones UNAULA.
- JESCHECK, H. (2002) Tratado de Derecho Penal Parte General, Granada, Quinta edición.
- JIMÉNEZ MARIN, D. (2009). Responsabilidad Penal Juvenil en Colombia: de la Ideología Tutelar a la Protección Integral. En Diálogos de Derecho y Política, Revista electrónica, Universidad de Antioquia.
- MANTILLA JÁCOME, R. (2008). La imputabilidad y la inimputabilidad penal, Editorial Leyer, Segunda Edición, Bogotá.
- MANTILLA JÁCOME, R. (2020). Teoría de la culpabilidad penal. Editorial Leyer. Bogotá, Primera Edición.
- ZAFFARONI, E. (2002). Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires.

Jurisprudencia

- COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 9 de marzo del 2009. Expediente número 32718, J. Zapata Ortiz.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 7 de julio del 2010. Expediente número: 33510, J. Socha Salamanca.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 22 de mayo del 2013.
Expediente número 35431, J. Zapata Ortiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 9 marzo del 2016. Expediente: 46614, E. Patiño Cabrera.

Colombia, Corte Constitucional

CORTE CONSTITUCIONAL, 23 de julio del 2008, C-740, J. Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL, 30 de septiembre del 2009, C-684, H. Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL, 3 de febrero del 2010, C-055, J. Henao Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL, 29 de marzo del 2012, T-260, H. Sierra Porto.

CRISIS DEL TRABAJO, INNOVACIÓN TECNOLÓGICA Y CAMBIOS EN EL EMPLEO: UN FUTURO DEL TRABAJO MÁS INCIERTO

José Eduardo López Ahumada¹

RESUMEN

El presente trabajo analiza algunas de las principales tendencias que afectan al futuro del trabajo. Las relaciones laborales están cambiando muy rápidamente, en un mundo cada vez más complejo. En este contexto, es especialmente importante adelantarse y estar preparado para poder asimilar en mejores condiciones los cambios impuestos por una nueva realidad. Ciertamente, debemos preguntarnos sobre los aspectos claves que condicionarán las relaciones laborales en el futuro. Desde esta perspectiva, el presente trabajo estudia el problema del empleo y el mantenimiento de las reglas protectoras jurídico-laborales, las nuevas formas de gestión de las empresas, el perfil de las nuevas ocupaciones, la función representativa de los sindicatos, las formas de participación en las empresas y, con carácter general, las repercusiones sociales que este nuevo escenario está provocando al conjunto de la sociedad.

Palabras clave: flexibilidad laboral, globalización, trabajo decente, futuro del trabajo, subordinación, emprendimiento, competencias profesionales, formación profesional, nuevas formas de trabajo.

WORK CRISIS, TECHNOLOGICAL INNOVATION AND CHANGES IN EMPLOYMENT: A MORE UNCERTAIN FUTURE OF WORK

ABSTRACT

This work analyzes some of the main tendencies that affect the future of work. Work relationships are changing quickly in an increasingly

1. Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá (Madrid, España). Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Investigador principal de la línea de investigación estable en Relaciones Laborales y Protección Social del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá (IELAT). Investigador titular del IELAT en las líneas de Derecho y de Relaciones Laborales-Protección Social.

complex world. In this context, it is especially important to get ahead and be prepared to assimilate the changes imposed by a new reality in better conditions. We must certainly ponder the key aspects that will condition work relationships in the future. From this perspective, this work studies the problem of employment and the maintenance of legal-work protection rules, new forms of business management, the profile of new occupations, the representative function of unions, methods for participating in companies and, in general, the social repercussions that this new scenario is causing in society.

Keywords: work flexibility, globalization, decent work, future of work, subordination, entrepreneurship, professional skills, professional education, new forms of work.

CRISE DE TRABALHO, INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E MUDANÇAS DE EMPREGO: UM FUTURO MAIS INCERTO DO TRABALHO

RESUMO

Este artigo estuda algumas das principais tendências que afetam o futuro do trabalho. Como as relações de trabalho estão mudando muito rapidamente, em um mundo cada vez mais complexo. Nesse contexto, é especialmente importante se antecipar e estar preparado para assimilar as mudanças impostas por uma nova realidade. Certamente, devemos nos perguntar sobre os principais aspectos que condicionam as futuras relações de trabalho. A perspectiva Nessa, ou presente trabalho estuda os problemas do empregador e a manutenção das normas de roteção do trabalho, as novas formas de gestão das empresas, ou o perfil das novas ocupações, a função representativa de dois sindicatos, as formas de participação nas empresas e, em geral, As repercussões sociais que este novo cenário está causando para a sociedade como tudo mais.

Palavras-chave: flexibilidade laboral, globalização, trabalho digno, futuro do trabalho, subordinação, empreendedorismo, qualificação profissional, formação profissional, novas formas de trabalho.

1. Introducción

El análisis del futuro del trabajo tiene especialmente relevancia en estos días de incertidumbre. El análisis sobre las transformaciones futuras del trabajo nos permitirá tenerlas presentes y anticiparnos en la medida de lo posible a la gestión del trabajo en las empresas. Efectivamente, el escenario ha cambiado sustancialmente en los últimos años y es lógico que la tendencia es que siga cambiando progresivamente debido a la innovación tecnológica que afecta a las empresas, así como a las nuevas

exigencias del mercado. Es evidente que los cambios en la economía y los avances tecnológicos afectan directamente al trabajo, pero ello no debe suponer su transformación a cualquier precio, ya que el objetivo debería ser conseguir un justo equilibrio entre la competitividad y el progreso social, asegurando unas condiciones de trabajo dignas.

La finalidad de este estudio es identificar algunas de las principales tendencias actuales que afectan al trabajo y reflexionar sobre cómo están influyendo en el proceso de transformación de las relaciones laborales. Muchos son los factores a tener en cuenta, algunos ya comentados, otros, en constante cambio. Sin duda, estamos ante una nueva realidad que configura un escenario nuevo y sumamente inestable. Con carácter general, nos podemos referir a cuestiones tales como la globalización y las nuevas economías, la evolución de la tecnología, los nuevos marcos organizativos, así como las nuevas funciones de las personas en las organizaciones laborales en el futuro².

Se trata de un tema amplio, a la vez que un importante reto que nos debe animar a reflexionar de forma más dinámica, flexible y, especialmente, de manera interdisciplinar. Sin duda, orientaremos nuestro estudio a la perspectiva jurídica del tema³. Sin embargo, no cabe duda de que las repercusiones del estudio trascienden del mundo del derecho, ya que inciden otras variables como la política o la economía. En efecto, el propio debate nos sitúa ante el análisis de una nueva cuestión social. Precisamente, la propia cuestión social marcó el nacimiento de las legislaciones laborales y la propia evolución de los problemas sociales ha ido modificando y adaptando la función del derecho del trabajo a los nuevos tiempos (Spector, 2006, pp. 1119-1120). Es por ello que igualmente debemos debatir sobre la propia evolución de la cuestión social y su posible tratamiento por parte de las legislaciones de trabajo.

Con carácter general, si me preguntan cuál es el futuro del trabajo, ciertamente mi contribución se moverá con un gran margen de inseguridad. De igual manera, a mí me gustaría saber cómo será el trabajo

2 Sin duda, estamos ante un reto social, laboral y empresarial. Se trata de un tema que repercute de forma general en el desarrollo de la gestión de los recursos humanos y, por ello, en las estructuras y sistemas de organización de las empresas (Turumbay Rebolé, 2016, pp. 4-5). Todas estas cuestiones conviven no solo con las preocupaciones de la población trabajadora, sino que también interesan a las propias empresas. Los empresarios están igualmente interesados en conocer las principales tendencias de este proceso en constante transformación.

3 Ciertamente, hablar sobre el futuro del trabajo supone hacer un verdadero ejercicio de predicción. Esta labor reconduce al jurista a un papel que para nada es cómodo y que no forma parte de su quehacer ordinario de análisis estático de una realidad jurídica. Este planteamiento arriesgado e innovador nos sitúa más en el rol del economista, que debe adelantarse a los acontecimientos y predecir tendencias para evitar en la medida de lo posible los efectos perniciosos de los ciclos económicos.

y poder afirmar con rotundidad cuáles serán las variables de ordenación de las relaciones de trabajo. Con todo, podemos apuntar las principales tendencias que nos adelantan un empleo sustancialmente distinto, marcado por la flexibilidad y la adaptación a los cambios sobrevenidos. Las actuales corrientes de flexibilidad interna y externa en el contrato de trabajo marcan definitivamente la necesidad de un trabajo sometido a una reconfiguración progresiva (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2012, pp. 3-5). Esto se debe a la propia transformación de los procesos de producción y a la competitividad en el ámbito empresarial. No cabe duda de que aparecerán nuevos puestos de trabajo y nuevas formas de trabajar, debido a los cambios tecnológicos en la actividad productiva de las empresas.

2. El futuro del trabajo y la reflexión de la OIT en el momento de su centenario: el debate sobre un problema de dimensión económica y social

La reflexión sobre los temas relativos al futuro del trabajo es especialmente relevante para la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), que ha permitido esta iniciativa en el momento de su centenario (2019). Dicha iniciativa ya fue presentada por su director general en 2013, concretamente en la Conferencia Internacional del Trabajo, convocada en su 102a reunión. La OIT intenta conseguir nuevas aportaciones a un debate siempre presente, acercándose al problema en toda su dimensión económica y social. Esto supone dar respuesta a los nuevos planteamientos que tienen que vertebrar el papel de la OIT en su segundo centenario⁴. Esta labor supone abordar aspectos tan importantes como la creación de empleo, el logro del trabajo decente, los avances y retrocesos en el ámbito de la igualdad, la sostenibilidad de la protección social, el freno a la economía informal, la regulación de las nuevas formas de trabajo, etc. Ciertamente, se trata de aspectos que están poniendo a prueba la propia capacidad de los sistemas fiscales y de protección social, que se han venido sustentando tradicionalmente en la relación de trabajo.

La propia memoria del director general de la OIT vino a enunciar las circunstancias actuales que afectan al mundo del trabajo, describiendo

⁴ Con todo, la propia OIT ha resaltado que difícilmente se puede delimitar de forma precisa cuál será el futuro del trabajo y cuáles serán los problemas que ello conllevará. Por tanto, el objeto de análisis se centra especialmente en el análisis de la dinámica global actual y sus posibles tendencias de futuro, así como la reflexión sobre la orientación a que esos cambios van a dar lugar. Precisamente, se entiende de los debates del centenario de la OIT y del diálogo del futuro del empleo, que se vislumbran grandes peligros, especialmente por los males presentes (Ramos Quintana, 2015, pp. 11-12). Sin embargo, también se aprecian grandes oportunidades. Precisamente, el debate sobre el futuro del trabajo tiene que encararse con una visión positiva, con el fin de asegurar la continuidad del modelo de protección jurídica laboral y social. Con todo, se trata de un tema central, ya que el debate del trabajo no solamente afecta a la población trabajadora, sino que se proyecta al conjunto de la sociedad (Cohen, 1988, p. 255).

con carácter general cuáles son los retos y desafíos más importantes que afectan a la consecución del trabajo decente para todos. Los temas centrales del debate se encuentran descritos en la memoria e incluso se adelanta la fórmula de estudio y seguimiento de la cuestión. Las conclusiones de esta iniciativa están siendo tenidas en cuenta por la propia OIT para orientar sus acciones futuras⁵. De este modo, la OIT debe encontrar un nuevo modelo de desarrollo de su función, con el fin de intentar asegurar la justicia social ante los nuevos retos que se presentan. Ciertamente, en el debate existe igualmente una revisión de los instrumentos propios de acción de la OIT, que ha venido impulsando a lo largo del tiempo. En definitiva, existe un debate sobre el cuestionamiento de la promulgación de las normas internacionales de trabajo, y cómo estas deben adaptarse, así como los instrumentos clásicos de recomendación y promoción. Sin duda, la finalidad es que dichos mecanismos no pierdan su propia función, y asimismo se estimulen las medidas de impulso de acciones orientadas a la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de las personas en el mundo⁶.

En concreto, los aspectos delimitados por la OIT, que configuran los puntos sensibles de preocupación, son cuatro. Se han orientado cuatro grandes bloques temáticos, que se refieren a los aspectos considerados clave en las “conversaciones del centenario”. En relación con estos temas se verán plasmadas las conclusiones de los informes que se publicaron ya a finales

⁵ Este análisis de escala internacional está buscando orientaciones concretas que inspiren las actividades futuras de la OIT, y ello ante la actual incertidumbre ligada a los cambios en el trabajo y a las nuevas fórmulas de inseguridad en el empleo. Este contexto ha provocado un verdadero temor, que cuestiona los propios fundamentos de la OIT y la función de las normas internacionales de trabajo. La legislación internacional encuentra nuevos obstáculos para conseguir reducir o minimizar los efectos perniciosos de la liberación económica y los nuevos espacios que se abren a la pobreza y a la desigualdad. La economía actual está generando nuevas fórmulas de desempleo y subempleo, que están adquiriendo una dimensión desproporcionada, dando lugar a un problema estructural con un calado social (Orlandi, 2012, p. 455). De igual modo, se produce una evidente desconexión entre el empleo como un mal de escala internacional y de gran magnitud y un avance en la prosperidad económica. Ciertamente, se está produciendo una fractura entre la expansión económica y el reparto del empleo. Todo ello impide el avance social debido al empobrecimiento de la clase trabajadora en el mundo, dando a lugar a una sociedad más desequilibrada y más injusta desde el punto de vista social.

Por tanto, no estamos tanto ante un debate meramente académico o de divulgación general, sino que la propia OIT intenta conseguir una reconfiguración y una adaptación al nuevo contexto internacional, encontrando nuevos instrumentos que sean útiles para conseguir sus objetivos. Se trata, en suma, de que la promoción del trabajo decente sea igualmente eficaz. Claramente, la propia memoria intentó centrar el debate presentado no solo en la propia iniciativa, sino también analizar los nuevos rasgos que tiene actualmente el mundo del trabajo. Se diseñaron las denominadas “conversaciones del centenario” y ya se apuntaron algunas observaciones sobre el propio futuro de la justicia social. Dicho valor jurídico se presenta como un principio universal de la acción internacional de la OIT y, por tanto, como un criterio inspirador de su propia función. Ciertamente, es un objetivo sumamente ambicioso y, sin duda, una iniciativa que marcará el futuro de la propia organización. Es un programa emblemático, que se enmarcará como un hito, asentando la propia orientación de las acciones futuras de la OIT en su segundo centenario de existencia.

de 2016⁷. Asimismo, se conformaron una serie de siete iniciativas, que, a su vez, se presentaron como ítems para el debate y para la consecución de propuestas. Estas siete iniciativas son las relativas a la gobernanza, a las normas, la iniciativa verde, el papel de las empresas, la erradicación de la pobreza y el papel de las mujeres en el trabajo.

La Dirección General de la OIT ha lanzado “La iniciativa sobre el futuro de trabajo”, a cuyos efectos se ha creado una unidad específica en el seno de la OIT. Ello se basa precisamente en el futuro del trabajo, especialmente ante los profundos cambios que está experimentando, entre otras variables, por tecnología, la evolución de la producción y el impacto del cambio climático. Se trata de razones que permiten identificar los problemas y nos ayudan a reflexionar sobre los próximos desafíos. De este modo, se podrán encontrar argumentos eficaces para conseguir el equilibrio en las relaciones laborales y conseguir uno de los objetivos esenciales de la OIT en el mundo: la promoción de la justicia social. El proceso de debate se desarrollará en tres fases que se presentaron en la 104^a Conferencia Internacional del Trabajo, en la memoria del director general. Se conformó, pues, un plan de aplicación del programa del futuro del trabajo, que forma parte de un debate y de una reflexión universal denominado “Conversaciones del centenario”. El programa de estudio fue examinado en una comisión del más alto nivel en la 108^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2019.

La primera fase de análisis y difusión del plan supuso involucrar en el proceso de reflexión al mayor número posible de actores. En el proceso participaron los agentes tripartitos, las instituciones de investigación, las universidades y, en general, toda la sociedad civil, que juega un papel crucial en el seguimiento de las relaciones laborales⁸. Los Estados

7 Los cuatro bloques temáticos de las “conversaciones del centenario” han permitido desarrollar nuevas orientaciones en el ámbito del trabajo. El primer bloque se refiere al trabajo y la sociedad. Ciertamente, el trabajo es un bien escaso, pero sigue siendo en la actualidad una necesidad para poder desarrollarse personalmente en nuestra sociedad. Por tanto, el trabajo tiene igualmente hoy que responder a las necesidades personales esenciales. Este modelo de trabajo unido exclusivamente a la producción y a la competitividad no solamente afecta a la persona en sí misma considerada, sino que asimismo tiene una repercusión en el propio sostenimiento medioambiental del planeta. Ciertamente, se insiste en los peligros de un crecimiento desmedido e incontrolado, hasta el punto de que se cuestiona que podamos seguir manteniendo un nivel de crecimiento continuado en las mismas condiciones de producción. Precisamente la OIT insiste en este aspecto y considera que se debe producir un verdadero replanteamiento del papel que debe ocupar el trabajo en la propia sociedad.

8 Precisamente se trata de un movimiento de análisis y reflexión que incumbe a todos los interlocutores sociales, y que requiere de una participación completa de los agentes tripartitos de la OIT. Asimismo, interesa al mundo académico y profesional del ámbito de las relaciones laborales. Este debate involucra, pues, a nuevos actores, que participarán en la búsqueda de un público general, mucho más amplio. Este tipo de debate supone trascender el clásico tripartismo, que ha sido generalmente el enfoque característico de acción en el seno de la OIT.

nacionales están llamados a crear sus propias estructuras de trabajo y debate, estimulando redes y procesos de investigación con el fin de promover sus propias aportaciones al debate. Esta primera fase se inició en 2016, promoviendo los Estados miembros estudios y acciones de divulgación en sus respectivos ámbitos para estimular las conversaciones del centenario⁹. Estas acciones se han priorizado en cuatro puntos especialmente importantes: a) trabajo y sociedad; b) trabajo decente para todos; c) la organización del trabajo y la producción; y, finalmente, e) la gobernanza del trabajo. Estas líneas de acción se han desarrollado con carácter previo al centenario de la OIT y se siguen impulsando desde el punto de vista de la acción institucional internacional, con un claro desarrollo desde la perspectiva del tripartismo social.

La segunda fase del proceso se desarrolló en el bienio 2017 a 2018. Una comisión global de trabajo, al más alto nivel, se encargó de analizar el futuro del trabajo, con vistas a examinar los resultados de los diálogos nacionales más importantes. En este momento, se incorporaron nuevas variables a la vista de los análisis realizados. Se evaluaron los resultados de dichas conversaciones del centenario y se desarrollaron audiencias públicas, así como otras actividades análogas, con el fin de coordinar el debate, subsanando, en su caso, lagunas o déficits que se presenten.

Posteriormente, a lo largo del primer semestre del año 2019, se desarrolló la tercera fase del proceso. Las acciones desembocaron en la Conferencia Internacional del Trabajo de 2019, relativa a la iniciativa de “El futuro del Trabajo”. La Conferencia tuvo como objetivo la adopción de la Declaración del Centenario, abordando los problemas y las principales transformaciones que afectan a los mercados de trabajos desde un punto de vista internacional. A la 108^a reunión de la Conferencia se presentó un ambicioso informe que contempla las principales conclusiones de los trabajos, así como un conjunto de recomendaciones, siguiendo el patrón clásico de acción de la OIT.

3. Los efectos de la globalización en el modelo de empresa y en los sistemas de relaciones laborales

El proceso de mundialización de la economía afecta directamente a los mercados laborales. Si hay algo que caracteriza el nuevo centenario es la internacionalización imparable de las empresas y la apertura de los mercados. La propia transformación del proceso de globalización ha dado lugar a la internacionalización de la producción, en virtud de procesos

⁹ Los Estados miembros han promovido la celebración de eventos y acciones específicas de divulgación con el fin de conmemorar el primer centenario de la OIT, siendo este el foro adecuado para analizar y discutir el informe de la Comisión. En estos eventos, los representantes tripartitos adoptaron un papel especialmente importante en su misión de conmemorar e impulsar la iniciativa relativa al futuro del trabajo.

productivos interconectados a escala internacional. La globalización supone básicamente la capacidad que tienen las organizaciones empresariales de prestar servicios en un contexto internacionalizado, donde las fronteras no son ya importantes y hasta incluso dejan de estar presentes. En este nuevo sistema mundial de producción se produce una importante contradicción, ya que si bien la actividad económica y el trabajo están trascendiendo las fronteras nacionales, las normas laborales y las instituciones públicas de vigilancia de los mercados de trabajo siguen siendo de carácter nacional. Ello supone, sin duda, un verdadero problema de atención a la conflictividad laboral, así como a la propia gobernanza de las relaciones laborales en el futuro.

Efectivamente, se trata de dar respuesta a un modelo de trabajo que ha devenido caduco, en la medida en que los pilares que sustentaban el sistema se encuentran en entredicho. Precisamente, se cuestiona el propio papel del Estado, cuyo nivel de intervención en el mercado de trabajo ha descendido de forma acusada. Los poderes públicos han perdido su función de orientación de la política económica, realizando un papel de redistribución y justicia social. Asimismo, se ha transformado la razón de ser una legislación laboral. Las normas laborales han perdido su esencia claramente protectora, que se inspira en la debilidad del trabajador frente a la posición preeminente del empresario. Precisamente, la naturaleza jurídica descompensada de la relación laboral justifica el establecimiento de límites al poder de dirección y de organización de las empresas. Y, por último, se ha producido el propio debilitamiento de la negociación colectiva, especialmente mediante la devaluación del papel de las organizaciones representativas de los trabajadores.

El nuevo modelo de relaciones laborales atrae nuevos riesgos a la sociedad derivados de la nueva economía (De Serres, Murtín y De la Maisonnette, 2012, pp. 11-12)¹⁰. Lamentablemente las impresiones derivadas del panorama actual no nos permiten ser demasiado optimistas en relación a la evolución del trabajo. Todo ello en un contexto marcado por una acusada globalización, mucho más intensa en la actualidad.

10 Este cambio de modelo se ha producido debido a importantes transformaciones en el mundo del trabajo. Dichos cambios han alterado la realidad en la que se desarrollan las relaciones laborales. Ciertamente, se ha producido una mutación del modelo económico, que se desarrolló bajo un sistema de economías expansivas de carácter típicamente keynesiano. Este modelo económico ha sido anulado después de las dos últimas grandes crisis económicas. Especialmente importante fue la crisis monetaria y financiera de principios de los noventa, que ha sido confirmada con la crisis de 2008 (Clauwaert y Schömann, 2012, p. 4). Este último período de recesión ha supuesto un duro ajuste laboral orientado por los mercados financieros, exigiendo, a su vez, políticas públicas de contención de la inflación y del déficit público financiero (Roche y Teague, 2014, p. 781). Ello ha supuesto un nuevo contexto, en el que los postulados neoliberales han adquirido un protagonismo acusado y han venido a acelerar el proceso de globalización económica y la consiguiente mundialización de los mercados.

Sin duda, uno de los fenómenos más significativos es la concentración empresarial internacional. La progresiva desregulación y la flexibilidad de la regulación de los mercados de trabajo incide directamente en la calidad del empleo. Con carácter general, este proceso ha desencadenado la acusada concentración empresarial y la relocalización de las empresas, que ha dado lugar a una nueva dimensión internacional del trabajo. Este proceso se ha visto reforzado por la revolución tecnológica, que ha supuesto una auténtica transformación, no solo de los métodos y organización de trabajo, sino también del empleo en sí mismo considerado. Todos estos cambios han dado lugar a nuevos problemas de gran calado, que se han desarrollado a gran velocidad. Ciertamente, se están produciendo consecuencias irreversibles en el empleo, que están dando lugar a una precarización de las relaciones laborales, así como a la promoción de situaciones de desigualdad e injusticia social (Sen, 1980).

El propio modelo de empresa está en continuo cambio, y ello supone un modelo renovado de empresa transnacional. El actual modelo de empresa pujante se escapa de los controles nacionales y se ve sumido en la orientación de los mercados internacionales. Dichas empresas se dirigen y organizan internacionalmente, con múltiples centros de producción, con el fin de buscar aquellos países con menores costes laborales. Se ha producido un fenómeno intenso de relocalización global desde las áreas industrializadas de los países más desarrollados hacia los países en fase de desarrollo, así como hacia las nuevas economías emergentes, observando las ventajas del dumping social. Todo ello ha producido igualmente un proceso interno de segmentación de las unidades productivas. Se han fragmentado los ciclos productivos y se han producido procesos de externalización y subcontratación con empresas de menor dimensión¹¹. En este modelo cobra especial relevancia la pequeña empresa o microempresas nacionales, que colaboran en los procesos productivos. Dichas empresas tienen importantes hándicaps para su desarrollo y mantenimiento debido a una acusada movilidad de los proyectos. Estas transiciones de la actividad productiva dan lugar al aumento del carácter coyuntural del desarrollo de las relaciones laborales.

Esta nueva realidad no es ajena a las organizaciones empresariales. La empresa no debe estar centrada exclusivamente en su papel de desarrollo de un proyecto empresarial rentable, que permita una cuota suficiente de beneficio. La empresa debe asimismo velar por mantener un comportamiento ético en las relaciones laborales y en su proyección social.

11 En estas circunstancias se desarrolla el denominado *outsourcing* de funciones, en virtud de la subcontratación de terceros para el desarrollo de actividades complementarias a la actividad principal. Si bien hasta ahora las empresas externalizaban funciones no esenciales, este proceso ha evolucionado afectando a servicios más relevantes y estratégicos en el proceso productivo de las empresas y ello como mecanismo que supone la reducción de costes a corto y medio plazo.

Ciertamente, existe en el ámbito empresarial una creciente preocupación por observar los requerimientos de la responsabilidad social corporativa. De este modo, las empresas deben ser conscientes de su importante función social. El papel de las empresas es trascendental, ya que colaboran necesariamente en la consecución de las metas de redistribución y justicia social, al ser cooperadores necesarios en el sistema de relaciones laborales.

4. El problema del empleo y el aumento de los márgenes de pobreza: el trabajo decente como objetivo presente

Actualmente, podemos hablar de una crisis del empleo. Esta crisis afecta no solo a la propia destrucción del empleo, sino que evidencia la incapacidad de revertir la situación. Asimismo, esta situación se manifiesta en la progresiva devaluación de la calidad del empleo. Sin duda, vamos a vivir un período de gran incertidumbre, y a pesar de la posible creación de empleo, la gran pregunta es si se recuperará y absorberá en el futuro el desempleo existente¹². El verdadero problema de nuestro tiempo es la crisis del empleo, la pobreza y la caída de los niveles de protección social. Esta situación ha dado lugar a un empobrecimiento progresivo de la población trabajadora. Ciertamente, el número de trabajadores que viven en la extrema pobreza se ha reducido sustancialmente; sin embargo, han aflorado nuevas fórmulas de desigualdad en el trabajo, que han aumentado considerablemente en los últimos tiempos.

Esta situación ha sido especialmente afectada por el proceso de crisis económica. Actualmente, no se están creando las bases para una recuperación de la caída del empleo experimentada durante la crisis económica y financiera¹³. El problema del desempleo incluso se manifiesta en los períodos de expansión económica, ya que no se consigue reducir sensiblemente las cifras de desempleo. Efectivamente, nos encontramos

12 Con todo, conviene evitar rotundamente estos planteamientos tan pesimistas. En su momento, Jeremy Rifkin, economista norteamericano asesor del presidente Clinton, esbozó en su libro *El fin del trabajo* su sentimiento sobre la cuestión. Concretamente, pronosticó que antes del año 2030 el papel de los trabajadores en los procesos productivos sería prácticamente marginal, desapareciendo incluso de las fábricas. Ello se produciría debido a que las funciones manuales serían asumidas por los procesos de robotización. En cambio, otros autores como Modigliani o Paul Krugman apostaban por el papel humano ante los procesos tecnológicos, de modo que la ecuación tecnología y empleo podría asegurar progresivamente un espacio a la creación de empleo. Precisamente, se entendía que el desarrollo económico y la capacidad de consumo de la sociedad permitirían mantener optimismo y capacidad suficiente para poder asegurar el futuro del empleo (Jauregui, 2001, p 352).

13 El problema del desempleo supone considerar nuevos métodos de distribución del trabajo disponible, máxime cuando las actuales tendencias de crecimiento y sus efectos en el empleo tienen manifestaciones cíclicas o, en su caso, deben responder a factores puramente estructurales. Actualmente, desde el punto de vista internacional, se observan nuevos ámbitos de crecimiento del trabajo, que afectan a la evolución futura de la demanda de trabajo (Arnold et al., 2011, p. 59).

ante una preocupación y debemos cuestionarnos si los sistemas futuros de relaciones laborales podrán contrarrestar la situación de desempleo estructural y si podrán generar empleo para todos¹⁴.

Se estima que cada año se incorporan al mercado de trabajo unos cuarenta millones de personas. Esto significa que en 2030 habrá que atender al problema de creación de seiscientos millones de puestos de trabajo, con independencia de los ciclos económicos y de las nuevas fórmulas de gestión del empleo. Sin duda, esta situación se va a ver especialmente potenciada con los efectos adversos de la crisis del COVID-19. El crecimiento económico, que se puede experimentar tímidamente en el ámbito internacional, no está dando lugar a la recuperación de las cifras de ocupación laboral previas a la crisis económica. Con carácter general, se estima que actualmente existen más de doscientos millones de personas desempleadas en el mundo. Se ha producido una caída de puestos de trabajo, que arroja un resultado negativo de sesenta y dos millones de puestos de trabajo destruidos.

Esta destrucción de empleo ha afectado especialmente a los colectivos más vulnerables del mercado de trabajo, especialmente a mujeres y jóvenes. Sin duda, esto es un índice más de las nuevas cuotas de desigualdad producidas por los cambios en el empleo. Especialmente preocupante es la tasa de desempleo juvenil, que sigue siendo mucho más alta que las tasas de desempleo general que afectan al conjunto de la población activa. El efecto de la crisis ha provocado un retraso de la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo, siendo obligados en muchos casos a emigrar a otros países o a seguir realizando procesos de formación de forma involuntaria. Sin duda, será una prioridad la atención al empleo juvenil y a las condiciones del mercado para asegurar su empleabilidad¹⁵. La situación de desigualdad afecta igualmente a la perspectiva del género. Actualmente hay más hombres que mujeres con trabajo, lo cual repercute en una de las variables de consecución del trabajo digno y de la promoción de igualdad como parámetro de justicia laboral. La tasa de participación femenina en el mercado de trabajo sigue siendo inferior a la masculina en

14 Efectivamente, los objetivos generales deben seguir persiguiendo el pleno empleo y la consecución de mejoras en lo que se ha venido a denominar la sociedad del bienestar. Esta meta debe ser estable, con independencia del ciclo económico. Ello implica el mantenimiento de un mínimo de protección, tanto en los procesos de expansión económica, como durante los períodos de crisis (Kerr, 2014, pp. 45 ss). Y, ciertamente, en este modelo del pleno empleo en una sociedad que vela por la dimensión social y el bienestar, se debe seguir asegurando la opción del empleo estable y protegido laboralmente con una cobertura de seguridad social.

15 Ciertamente, ello permitirá asegurar el interés de muchos jóvenes en tener condiciones efectivas para poder emanciparse e incorporarse al mundo laboral (Roland, 2006, p. 65). Igualmente, habrá que velar por una mejora sustancial de sus condiciones laborales, especialmente las salariales, que se encuentran devaluadas en comparación con el empleo de los trabajadores estables.

torno a un veintiséis por ciento. La situación evidencia la necesidad de reforzar la inversión en favor de las políticas activas de empleo. Dichas acciones deberán dirigirse principalmente a los colectivos más vulnerables en el mercado de trabajo, atendiendo especialmente a los desempleados de larga duración, en concreto, jóvenes y mujeres.

De igual manera, es preciso tener en cuenta desde la perspectiva del empleo el envejecimiento de la población. Este proceso ha afectado especialmente a los países desarrollados y repercute no solo a la seguridad social, sino también al conjunto de las relaciones laborales. El mercado laboral se asienta en una población activa cada vez más envejecida y, asimismo, la pirámide generacional se encuentra invertida. Como sabemos, es superior el número de pensionistas que de cotizantes; por tanto, el mercado de trabajo se encontrará en el futuro con un menor contingente de trabajadores.

El reto futuro será asegurar una base de población trabajadora y, además, suficientemente formada para atender a los nuevos requerimientos. En el futuro será cada vez más complejo encontrar trabajadores más cualificados que respondan a los cambios en el trabajo. En este sentido, la formación adecuada de los trabajadores que se incorporen al mercado de trabajo y el aprovechamiento de la experiencia profesional unida a la formación continua puede compensar dicha situación. Precisamente, el envejecimiento de la población ya ha supuesto un aumento de la edad de jubilación, que en España ha pasado de los sesenta y cinco a los sesenta y siete años. Con todo, no se descartan en el futuro nuevas reformas orientadas al retraso de la edad de jubilación ordinaria¹⁶. Ello supondrá un mecanismo que permita la sostenibilidad de los sistemas públicos de protección social y reforzará las necesidades de mano de obra en un mercado de trabajo con menor contingente de trabajadores.

5. El problema del subempleo y la extensión de la economía informal: situaciones de exclusión del mercado de trabajo

Aunque las cifras de empleo puedan mejorar, conviene indicar que no preocupa solamente la situación del desempleo y del empleo generado, sino especialmente las cuotas alarmantes de subempleo. Las estadísticas generalmente no contemplan las categorías de desempleados reales, lo cual nos muestra una foto irreal de la situación del empleo. Realmente estas estadísticas no contemplan las diferencias de población activa. Asimismo, junto al desempleo hay otros colectivos que no son capaces de incorporarse al mercado de trabajo por situaciones impuestas, como sucede con las

¹⁶ El retraso de la edad de jubilación se presenta como una opción que permite aprovechar las cualidades de los trabajadores y facilita la ampliación de los años de cotización. Sin duda, se trata de una orientación dirigida a asegurar el mantenimiento de los sistemas públicos de protección social (Bassanini, Nunziata y Venn, 2009, p. 351). Por tanto, la prolongación de la vida laboral permitirá compensar las consecuencias negativas de la inversión de la pirámide de población asalariada.

personas marginadas socialmente, que ven imposible el acceso al empleo como sucede con los prejubilados, o los estudiantes que continúan sus estudios de forma involuntaria, o las personas que se encuentran en fases de formación profesional ocupacional durante las etapas de desempleo.

Las estadísticas tampoco registran otro problema de escala internacional, que es la contención del aumento del trabajo informal y no declarado. La OIT estima que la participación del factor trabajo en el mundo a efectos de PIB pasará del 75% en la década de los setenta, al 65% a mediados del dos mil. Se trata de una situación que afecta igualmente a los países desarrollados. Este proceso afecta a las condiciones de trabajo y vida de las personas trabajadoras, pero igualmente a los sistemas públicos de protección social, que no encuentran fórmulas adecuadas que garanticen su sostenibilidad en el tiempo. Ciertamente, se considera que solamente el 27% de la población mundial puede acceder a una protección social adecuada.

El problema de la economía informal es ciertamente alarmante, puesto que, al menos, la mitad de los empleos se estima que se escapan de la esfera del trabajo declarado¹⁷. Sin duda, ello supone una huida importante de la producción de la fuerza del trabajo mundial respecto de la economía declarada. El repunte de la economía informal fue ya tratado en la 104^a reunión de la Conferencia Internacional de la OIT en el año 2015 y como consecuencia de su debate se ha aprobado la Recomendación No. 204, relativa a la transición de la economía informal a la economía formal. De igual manera escapa de los controles internacionales y nacionales el trabajo forzoso, que afecta especialmente a los menores. En torno a ciento sesenta y ocho millones de niños trabajan y veintiún millones de personas son víctimas del trabajo forzoso. Esta situación representa una importante lacra social, que supone una vulneración flagrante del derecho fundamental a la libertad de trabajo y un atentado a la dignidad de la persona. Ciertamente, los trabajadores pertenecientes a la economía informal quedan relegados por completo del sistema de gobernanza internacional del trabajo¹⁸.

17 Actualmente hay un nuevo modelo económico y con ello nuevas formas de trabajar. De este modo, conviven dos realidades, un modelo clásico de trabajo regulado y protegido, y otras fórmulas de empleo informales que se abren paso con el firme propósito de ahorrar costes laborales a costa de la protección jurídica y el respeto de los derechos laborales y sociales básicos. Se trata de una nueva situación, que es preciso cuidar, debido a que estamos ante una etapa de transición y de incertidumbre sobre el futuro del trabajo. Esta situación no afecta solo a la creación futura del empleo, sino también a las condiciones de trabajo y a la propia calidad y seguridad en el empleo.

18 Sin duda, el gran objetivo es la justicia social, que como sabemos es la razón esencial de la propia existencia de la OIT. Esta función de la Organización se ha intentado reafirmar en el momento de su centenario. Sin embargo, es preciso igualmente replantearse la propia noción de justicia social, que con el paso del tiempo está perdiendo su propio protagonismo y se encuentra incluso difuminada. En la última memoria de la OIT se insiste en que los presupuestos de la justicia social deben ser igualmente repensados y se debe proceder a su reconstrucción. Esta labor es especialmente importante en una economía cada vez más global. La idea de justicia social, como el propio debate sobre la cuestión social, es un aspecto dinámico en el tiempo y que adopta una nueva dimensión en función del momento que estemos analizando.

Evidentemente, el gran objetivo sigue siendo la justicia social y la noción del trabajo decente sigue siendo un reto para todos. Se trata de una meta presente en la nueva configuración del empleo y a la que debe dar respuesta la OIT. Ello se debe a que estamos en presencia de su mandato institucional. La OIT deberá seguir promoviendo el pleno empleo, pero asegurando niveles justos de vida, basados en condiciones de trabajo que no atenten contra la dignidad de las personas. Las conversaciones del centenario dan al trabajo decente un papel relevante, como desafío a la hora de crear nuevos empleos. El problema no es solo la creación de empleo, sino qué tipo de empleos se podrán crear.

6. Una nueva concepción de la flexibilidad laboral y el reto de la garantía de la finalidad protectora del derecho del trabajo

El marco actual de transformación social tiene ya un claro precedente que comenzó a finales del siglo XX, debido esencialmente a la revolución tecnológica y al proceso de globalización. Ciertamente, se está produciendo una importante mutación del trabajo, que debemos analizar de forma no cuantitativa, sino cualitativa. Desde esta perspectiva, es preciso apuntar los cambios profundos que está experimentando la sociedad y que igualmente afectan a las relaciones laborales. Sin duda, estos cambios tienen consecuencias transversales y afectarán a las legislaciones laborales, a las bases económicas y, en su conjunto, a la realidad social. Estamos debatiendo sobre una nueva forma de trabajar y de estar presente en la sociedad. No cabe duda de que la dificultad de encontrar trabajo, el peligro latente de perder el empleo y la bajada de las condiciones de trabajo debilita extraordinariamente la posición de los trabajadores en las relaciones laborales¹⁹. Este nuevo estatus se produce claramente en un esquema de relación de trabajo desequilibrada y descompensada²⁰. Sin duda, se debe dar respuesta a los problemas inherentes a la inseguridad de los trabajadores sobre sus derechos laborales y sociales.

La flexibilidad laboral y la necesidad de diseñar nuevas estructuras organizativas será clave en el devenir futuro de las relaciones laborales. Esta idea está en sintonía con el nuevo modelo de empresa flexible, que

19 El empleo flexible se está extendiendo incluso a las actividades y trabajos cualificados, que están igualmente afectados por el sistema de flexibilidad laboral. Esta tendencia se está produciendo a pesar de la posición privilegiada del trabajo cualificado, que se asienta en las especiales habilidades profesionales y en la experiencia profesional. Es decir, incluso la inseguridad se proyecta en los trabajos que tienen un alto valor cualitativo en el mercado de trabajo.

20 Precisamente, este presupuesto es esencial, ya que, con independencia del momento, las personas necesitan mantener y asegurar un nivel de bienestar digno. Esta búsqueda del equilibrio es, por otro lado, un interés común, que sienta las bases del interés recíproco presente en una relación de trabajo. Evidentemente, es deseable que las partes de la relación laboral perciban un equilibrio en la propia relación de trabajo, es decir, un equilibrio real entre lo que se exige y los que se recibe. En estas circunstancias se trabaja mejor y se rinde de forma más eficiente.

amplía su dimensión y reduce su actividad productiva en función de las circunstancias económicas y de las exigencias del mercado. Asimismo, jugará un papel central el proceso de internacionalización de las relaciones laborales, especialmente por la competencia de las empresas transnacionales. En este sentido, se primará la flexibilidad, la polivalencia funcional y la adaptación de los trabajadores a los cambios en los procesos productivos. Se trata de una situación ordinaria en un mundo empresarial, caracterizado por la sucesión progresiva de nuevos proyectos y negocios; por tanto, las empresas valorarán esencialmente la predisposición de los trabajadores a la flexibilidad y la capacidad de adaptación a los cambios.

La flexibilidad en las relaciones laborales tendrá un elevado impacto en el empleo, especialmente en su calidad y en sus condiciones de seguridad. No obstante, ello deberá ir acompañado de un necesario equilibrio entre dicha flexibilidad y la seguridad. Esta situación deberá llevar consigo una reformulación más justa de la idea de flexiseguridad en el trabajo²¹. Se deberá reforzar la noción de flexiseguridad, como combinación de certidumbre y de margen de gestión de flexible por parte de la empresa, pero con un objetivo más equilibrado que compense una flexibilidad laboral desmedida. Dicha compensación debería canalizarse favoreciendo garantías económicas y jurídicas en beneficio de los trabajadores²².

Con todo, conviene advertir que la demanda de mayor flexibilidad por parte de las empresas también supondrá atender al correlativo interés de los trabajadores en conseguir cuotas de mayor flexibilidad para atender

21 Es preciso conformar un nuevo y renovado pacto social, que fragüe el nuevo marco de relaciones laborales, sin renunciar a las mejoras laborales conquistadas. Es preciso seguir asegurando el empleo estable, protegido legalmente y con una suficiente protección social. De este modo, se deben adaptar los sistemas de relaciones laborales sin renunciar al modelo social configurado especialmente en Europa desde la segunda mitad del siglo XX (Annett, 2006, p. 43). Esta afirmación conlleva la necesidad de dar soluciones a los problemas generados por las corrientes de flexibilidad laboral acusada (Baylos, 2012, pp. 20-21), los procesos de desregulación laboral en las últimas reformas laborales y los cambios normativos orientados al arquetipo de una mínima protección como medida que asegura la competitividad de los sistemas nacionales en un mundo cada vez más globalizado. Estas corrientes se han extendido en virtud de la necesidad de mantener el empleo. El contexto ha favorecido la proyección de la flexibilidad laboral en sus distintas modalidades, es decir, la movilidad funcional y geográfica, la flexibilidad de la jornada, la supresión de los salarios mínimos y las modalidades contractuales atípicas (Funk y Lesch, 2006). Esta situación ahonda en una dualidad de las relaciones laborales más acusada y en una reducción del espacio de la negociación colectiva en beneficio de la individualización de las relaciones laborales. Sin duda, todo este proceso ha dado lugar a una progresiva desprotección en las relaciones laborales y a un aumento de la precarización del empleo.

22 Efectivamente, este panorama ya está afectando al necesario equilibrio que debe existir entre la contraprestación empresarial y el trabajo subordinado. Es decir, existe una descompensación entre el trabajo realizado y las compensaciones económicas y sociales garantizadas jurídicamente. Este esquema se encuentra cuestionado por las nuevas fórmulas de trabajo que se alejan del modelo de trabajo por cuenta ajena desarrollado de forma indefinida y a tiempo completo.

situaciones personales. Ello se traduce en la introducción de flexibilidad horaria o de vacaciones flexibles, abriendo espacios a la gestión personal del tiempo de trabajo por parte de los trabajadores. Con todo, se trata de una medida que se aplicará mejor en determinados sectores donde la flexibilidad de horario tenga menores problemas de aplicación en los sistemas de organización del trabajo. En este sentido, mayor dificultad supondrá la aplicación de estos horarios en sectores como el industrial, organizado con base en procesos de producción más rígidos. Efectivamente, la flexibilidad horaria y el teletrabajo son una de las fórmulas que pueden facilitar el equilibrio entre la vida personal y familiar respecto al trabajo²³. El teletrabajo es una de las formas de trabajo que se reconfigurará y que tendrá igualmente especial protagonismo, puesto que puede tener repercusiones positivas en la conciliación de la vida laboral y personal²⁴. En suma, podemos afirmar que la flexibilidad horaria es un instrumento que puede permitir la reducción del recurso a la reducción de jornada y a las licencias laborales por motivos de atención familiar.

Con carácter general, la reducción de la jornada es un objetivo que tiene su repercusión laboral y puede permitir igualmente el reparto del empleo y favorecer su propia creación. Este proceso ha sido acogido por distintos regímenes laborales, como el francés u holandés. Si estos sistemas se gestionan adecuadamente no tienen que afectar a la productividad empresarial. Asimismo, la incorporación de la tecnología a los procesos productivos puede favorecer el desarrollo de medidas de gestión personal del tiempo de trabajo. De igual manera, la reducción de la jornada de forma coyuntural puede facilitar una mejor organización de la vida

23 Existe un cierto peligro de disolución de la vida personal y laboral. A pesar de este peligro las empresas se han concienciado de los efectos positivos de la aplicación de las políticas de conciliación de la vida laboral y personal, dirigidas a mujeres y hombres. Este tipo de prácticas son sumamente importantes y son valoradas positivamente por los trabajadores, máxime cuando en la actualidad la línea divisoria entre la vida personal y laboral es muy difusa. Ello se debe especialmente a la conexión cuasipermanente del trabajador con su trabajo y al aumento de la carga laboral y de los objetivos exigentes. Los principales problemas se manifiestan en los horarios de trabajo, que en muchos casos son incompatibles con la vida personal y familiar. El aumento progresivo de la jornada redundante en la falta de tiempo a la familia, así como a la atención del necesario tiempo de ocio y descanso.

24 El teletrabajo parece ya hasta una fórmula de trabajo clásica, pero, sin duda, se trata de un instrumento que bien aprovechado podría servir para desarrollar actividades en las que el trabajador puede encontrar un margen de fidelización con la empresa, así como facilitar otros intereses personales. El trabajo a distancia favorece nuevas posibilidades, aunque seguirá siendo difícil poder proyectar el teletrabajo en muchos ámbitos en los que no es sencilla su promoción, por ejemplo, como sucede en los servicios o en el ámbito industrial. Ciertamente, esta situación se desmarca diametralmente del teletrabajo, en algunas ocasiones impuesto con un cliente único. Estas fórmulas de teletrabajo son claramente descartables. Este tipo de trabajo se suele presentar formalmente como una medida de iniciativa voluntaria y con un perfil innovador, empleándose a trabajadores cualificados. Sin embargo, este esquema de prestación laboral esconde en realidad un esquema de trabajo impuesto, que permite no favorecer los intereses personales y familiares.

familiar y laboral. Ello puede permitir a los trabajadores, y especialmente a la mujer trabajadora, poder participar en condiciones de igualdad en el mercado de trabajo. De esta forma la atención familiar no supondría un límite en su carrera profesional. La reducción de la jornada puede hacer posible compaginar la familia y el trabajo, con una integración más justa de la mujer en el ámbito laboral. Sin duda, ello es la base de un cambio social profundo, que es preciso seguir promocionando.

Precisamente, la tecnología puede ayudar a la aplicación de una organización del trabajo atendiendo a los intereses personales. En general las innovaciones tecnológicas han mejorado en el pasado la vida de las personas, los avances tecnológicos tradicionalmente han aumentado las capacidades laborales de las personas, así como su productividad. Por tanto, la tecnología debe igualmente adaptarse a las personas en el futuro, configurando de nuevo el trabajo de las personas. La tecnología deberá ayudar a mejorar la forma de trabajar y a gestionar los cambios, pudiendo, por ejemplo, facilitar la conciliación de la vida laboral, personal y familiar. Por el contrario, una mala gestión del empleo de la tecnología en los procesos productivos puede dar a lugar a que se produzca una mayor dependencia personal con el trabajo, que dificulte el necesario equilibrio.

7. Una nueva concepción del significado de la dependencia laboral: la diversificación de las fórmulas de colaboración empresarial

El trabajo asalariado se ha sustentado en el esquema tradicional de la relación laboral, en virtud del trabajo prestado voluntariamente, de forma retribuida, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del empleador. Esta relación ha sido el prototipo de trabajo regulado y protegido para la legislación laboral. Sin embargo, este tipo de relación laboral estándar se ha visto sometido a un proceso acusado de revisión, especialmente por las nuevas formas de colaboración con las empresas. Asimismo, este esquema de relación laboral se difumina en los supuestos de prestaciones de servicios, que no están formalizados bajo el contrato de trabajo, ni se desarrollan bajo el arquetipo de la relación laboral común.

Las transformaciones del trabajo tienen efectos transversales, que afectan a los trabajadores y a las empresas. Ciertamente, el propio concepto de empresa se encuentra en la actualidad sometido a revisión, especialmente debido a la adaptación constante de las organizaciones empresariales a las nuevas exigencias del mercado y al proceso acusado de globalización económica. Incluso, podemos afirmar que las nuevas formas de trabajo están incluso replanteando la propia configuración de la relación de trabajo, asentada en el clásico concepto de contrato de trabajo, como acuerdo de voluntades entre una empresa y el trabajador. El trabajo está

configurando los propios presupuestos del contrato laboral y de la relación laboral, en la medida en que la dependencia se debilita progresivamente. Ello nos lleva a plantearnos nuevos escenarios en el ámbito de las zonas grises del trabajo²⁵. Se trata de un proceso que en muchos casos esconde situaciones fraudulentas, mediante el recurso a los falsos autónomos. Es decir, trabajadores independientes que se ven obligados a darse de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) para poder prestar sus servicios.

La subordinación no se concibe ya como la instrucción precisa propia de los procesos de producción fordistas, sino que este tipo de sujeción a órdenes e instrucciones se sustituye ante la autonomía laboral. El trabajador desarrolla su prestación laboral en un ámbito de dirección y organización más flexible, sin que ello suponga su salida del ámbito de las relaciones laborales. Sin embargo, este proceso se conjuga con un acusado proceso de mayor exigencia en el resultado. Esto se traduce en objetivos laborales más complejos, que dan lugar a un nuevo ámbito de la subordinación laboral. Ello convive, asimismo, en un nuevo modelo de estructuras empresariales complejas, mucho más competitivas desde el punto de vista laboral.

Evidentemente, los avances en la formación profesional y la necesidad de las empresas incide en el rol clásico del trabajador dependiente por cuenta ajena. Las empresas demandan continuamente colaboradores que trabajen de forma autónoma y en equipo. Sin duda, ello es un importante reto, ya que los trabajadores tendrán que tener más capacidad para poder adaptarse a los cambios, debiendo prevenir y resolver problemas sobrevenidos de forma autónoma. Por tanto, la evolución irreversible tiende hacia la promoción de la autonomía y de la responsabilidad de la persona, acorde con la estrategia empresarial. En este sentido, el trabajo en equipo es un factor esencial para conseguir la coordinación de las personas que trabajan autónomamente en el ámbito de sus propias responsabilidades laborales.

25 Se produce, pues, el aumento de la autonomía del trabajo, que favorece la creatividad individual e incorpora valor añadido a la prestación de servicios desarrollada bajo la fórmula del contrato de trabajo. En el futuro se producirá el incremento progresivo de las responsabilidades de los trabajadores, ligado a la propia experiencia en el puesto de trabajo. Se asumen, pues, progresivamente nuevas responsabilidades, que diferenciarán a los trabajadores en función del liderazgo. Esta autonomía se desarrollará en virtud del trabajo en equipo y los sistemas de cooperación, que agruparán el trabajo con base en los proyectos empresariales. Desde esta perspectiva, se producirá un cambio sustancial en la propia relación de trabajo, debido a que el empleo lo suministrará el empresario, pero el trabajo lo desarrollará e impulsará el trabajador, con una mayor autonomía. Esto supone igualmente una confirmación de la evolución de concepto de subordinación en clara vocación flexible, lo cual puede permitir atraer al ámbito laboral a un colectivo mayor de trabajadores dependientes.

Por tanto, este modelo tiende mucho más hacia las formas transitorias de colaboración, siendo cada vez más acusado el recurso a las formas de empleo autónomo, como alternativa a los problemas del mercado de trabajo. Ciertamente, el autoempleo se presenta como un medio que en muchas ocasiones se manifiesta como una vía de emprendimiento, pero en otras muchas es una solución impuesta por la expulsión de los trabajadores del propio mercado de trabajo. En efecto, el auge del emprendimiento se debe especialmente a la aparición de nuevas industrias y nuevos modelos de negocios²⁶. Dichos procesos se basan esencialmente en la aplicación de la tecnología a los procesos productivos. Esta nueva realidad está cuestionando la propia capacidad de los sistemas fiscales y de protección social, que se han venido sustentando tradicionalmente en la relación de trabajo.

El trabajo autónomo basado en proyectos supone una adaptación del concepto clásico de trabajador independiente a una nueva realidad. Los sistemas más flexibles de trabajo que han aumentado después de la crisis económica son reflejo de una fórmula de escape de los actuales niveles de desempleo (Martín y Matorras, 2012, p. 12). Ciertamente, ello requiere una nueva regulación para los trabajadores autónomos. Este proceso ya se ha iniciado con el reconocimiento progresivo de derechos mínimos de protección, que ha seguido el modelo de garantía de los derechos jurídico-laborales. Ello se aprecia muy especialmente en España con la extensión del modelo de protección social en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)²⁷.

8. El problema de la calidad del empleo, la polarización y la segmentación de los estatutos profesionales

La contratación indefinida se encuentra en franco declive en favor de otros contratos de trabajo u otras formas de prestación de servicios parasubordinadas²⁸. En este contexto, se están extendiendo las formas

26 Sin duda, el emprendimiento forma parte de nuestra propia cultura. El emprendimiento supone una huida del ámbito laboral, precisamente en la idea de que los nuevos profesionales con talento, que promocionan la innovación, ya incluso no necesitan a las empresas clásicas. Dichos profesionales crean sus propias estructuras empresariales nuevas, dando lugar a nuevos modelos de empresa.

27 Concretamente, se ha realizado una profunda revisión de la protección social dispensada por el sistema público de seguridad social, así como de las propias aportaciones que los autónomos realizan al sistema en justa reciprocidad.

28 Actualmente el objetivo de conservar un mismo empleo a lo largo de la vida laboral es ciertamente una pretensión que no está en sintonía con los nuevos tiempos. La propia configuración del trabajo indefinido y el problema de su mantenimiento en su configuración tradicional supone plantearnos cómo se proyectan en el empleo las nuevas formas de trabajo flexible, así como los nuevos sistemas de trabajo coyuntural. En los tiempos actuales es muy difícil pensar en el mantenimiento de una única relación laboral a lo largo de toda la vida, y una vinculación permanente con una misma empresa. Esta flexibilidad laboral está propiciando un alejamiento del modelo tradicional de trabajo, que se ha ordenado bajo el modelo de trabajo a tiempo completo de duración indefinida.

atípicas de trabajo que se refieren al trabajo a tiempo parcial y la contratación flexible de naturaleza temporal, y todo ello como vía de elusión de costes laborales fijos. Con carácter general, se considera que estas modalidades de trabajo contingente representan a escala internacional un tercio del volumen de trabajo por cuenta ajena. Concretamente, en el caso español, se trata de un modelo acusado de temporalidad en comparación con los niveles medios de temporalidad de la Unión Europea²⁹. Asimismo, y junto a las modalidades de contratación, es preciso referirnos al propio cambio en el contenido de la negociación del contrato de trabajo. En el futuro se va a intensificar la opción por los contratos que se desmarcan de la contratación clásica y estándar. Nos referimos a una contratación más personalizada y en función de las circunstancias concretas. Esta contratación ad hoc está orientada a los resultados y al rendimiento efectivo, desmarcándose de los sistemas de retribución fija y de la valoración del mero cumplimiento de la jornada pactada en el contrato de trabajo.

Los modelos tradicionales de contratación entre empresas inciden igualmente en la propia segmentación del mercado de trabajo. Las empresas acuden a fórmulas como la subcontratación, la externalización, la terciarización y las cadenas de suministro para evitar contratar en muchos casos directamente los servicios de trabajadores por cuenta ajena. Sin duda, se trata de una tendencia ya consolidada. Asimismo, se trata de una corriente de proyección internacional, que se reproduce con independencia del país en cuestión y de su grado de desarrollo. Este modelo de contratación entre empresas tiene repercusiones negativas en la extensión de las formas atípicas de trabajo. Estamos en presencia de una opción que está produciendo una pérdida progresiva de los empleos y una inseguridad respecto del empleo canalizado por estas fórmulas en la organización de la actividad productiva.

Ciertamente, la opción hacia formas de trabajo que se alejan del principio de estabilidad en el empleo incorpora una gran inseguridad laboral y afecta a la calidad en el empleo. Esta cuestión no se aprecia solamente en los tipos contractuales y la negociación del propio contrato de trabajo, sino que también se presenta claramente en las condiciones laborales. Sin duda, uno de los grandes problemas lo encontramos en el tratamiento de las condiciones salariales, que se han visto sumidas en un proceso acusado de devaluación. En los próximos años es preciso contener la pérdida del poder adquisitivo de los trabajadores. Se ha producido una distribución

29 La actual tipología variada de contratos de trabajo, agrupados en contratos indefinidos, temporales y formativos, ha sido objeto ya de recomendación por parte de la Unión Europea. La directriz se orienta a la simplificación de las modalidades contractuales que sustentan el mercado de trabajo (Driffill, 2013, p. 4). La idea es simplificar la segmentación laboral. En Europa, en torno al 15% de las personas trabajadoras prestan servicios bajo modalidades de contratación temporal, siendo ejemplos de temporalidad acusada modelos como Polonia (28,3%), España (24%), Portugal (21,4%) o Países Bajos (21,1%).

desigual de los beneficios empresariales. Este proceso ha dado lugar a un reparto desequilibrado, ya que los beneficios de las empresas no se han traducido en mejoras salariales, puesto que los salarios se han reducido o, en su caso, congelado. Asimismo, llaman la atención las grandes diferencias salariales, que siguen siendo importantes y que continúan teniendo una conexión marcada con la perspectiva de género. La brecha salarial de género se mantiene por encima del veinte por ciento y dicha situación se verá incluso agravada en virtud del impacto de la crisis del COVID-19³⁰.

Finalmente, conviene referirse a otro problema que afecta a la calidad del empleo. En los últimos años nos estamos olvidando de la garantía de la seguridad y salud laboral. En torno a dos millones trescientos mil trabajadores y trabajadoras pierden cada año la vida en el trabajo. Por otro lado, otros trabajadores se ven forzados a abandonar el mercado de trabajo por motivos de salud o discapacidad sobrevenida. Estos datos tienen efectos en la población activa y en el colectivo laboral cotizante a los sistemas públicos de seguridad social. Igualmente, los nuevos ritmos de trabajo y los cambios organizativos acentúan los problemas de salud laboral, dando lugar a problemas derivados del estrés laboral en el trabajo. Asimismo, los cambios en el trabajo repercuten en las enfermedades profesionales, que en sus nuevas manifestaciones afloran en el ámbito laboral. Todos estos problemas ligados a la salud en el trabajo representan un coste elevado para los sistemas públicos de seguridad social, es decir, un coste social que representa en torno al 4% del producto mundial.

9. Nuevos perfiles profesionales y su proyección en el contenido de la prestación laboral: la progresiva expansión de la innovación tecnológica

Las competencias profesionales y la formación son otro aspecto esencial de cara a analizar la evolución del empleo y la calidad del trabajo ligado a los perfiles cualificados de profesionalidad. Sin duda, uno de los retos futuros es la utilización de las habilidades y los conocimientos adquiridos por los trabajadores. Dichas capacidades tienen que emplearse en los procesos productivos para conseguir el máximo bienestar de la sociedad. Ello va a suponer la necesaria consecución de un equilibrio entre la aspiración personal de realización y la consecución de mejoras colectivas para la sociedad. Sin duda, en todo este proceso tiene un papel cada vez mayor la formación, que es y seguirá siendo un criterio de distinción en el mercado

30 Las mujeres siguen teniendo mayor presencia en el empleo atípico y de carácter familiar no remunerado. Efectivamente, la discriminación por razón de género continúa estando muy arraigada en el mundo. El tratamiento desigual no se limita exclusivamente al género. Actualmente persisten las tradicionales formas de discriminación en el trabajo, que afectan especialmente a los colectivos más vulnerables, adoptando las formas típicas de discriminación por origen étnico, por motivos de religión y discapacidad.

de trabajo. La valoración del conocimiento y su proyección en el trabajo permite a los trabajadores formados poder dirigir mejor sus carreras profesionales y controlar sus transiciones en el mercado de trabajo. Con todo, en muchas ocasiones estos perfiles profesionales cualificados deberán igualmente hacer frente a los problemas derivados del aumento de los niveles de segmentación de los mercados de trabajo, lo cual supone igualmente la proyección de nuevos espacios para la desigualdad laboral.

Los perfiles profesionales, las habilidades y las capacidades se encuentran en pleno proceso de transformación, destacando sobremanera las capacidades técnicas y formativas de mayor cualificación. Sin duda, el problema más acuciante de las empresas será encontrar los mejores perfiles profesionales y los posibles empleados potenciales en el mercado de trabajo. Y en este punto es donde se produce la brecha existente entre las necesidades formativas y la especialización orientada al empleo. Sin duda, ello va a suponer una devaluación de los conocimientos teóricos y de la experiencia, que no serán los únicos parámetros objeto de evaluación por parte de las empresas³¹. Lógicamente seguirán siendo importantes, pero ante la generalización de la formación, en el futuro primará igualmente la valoración de las capacidades personales. Por tanto, en las pruebas de selección se valorará esencialmente la creatividad profesional y la innovación, y ello dará lugar a nuevas formas de reclutamiento de las empresas.

Lo anterior irá unido irremediablemente a la adquisición de nuevas competencias profesionales, por lo cual la formación profesional “a lo largo de la vida” será cada vez más intensa. Esta formación progresiva se presentará como parámetro de diferenciación de los perfiles profesionales y marcará el propio nivel de competencia profesional en el mercado de trabajo³². Ciertamente, los propios procesos de selección se adaptarán

31 Este proceso de cambio en las competencias profesionales debe afectar a la propia enseñanza, especialmente a la universitaria, que deberá orientar su formación hacia la mejora de la empleabilidad. Ya se han dado pasos importantes, mediante el cambio de metodologías, como el aprendizaje por competencias o el estudio por problemas o proyectos. Sin embargo, no cabe duda de que las universidades y las empresas deben coordinarse aun más en el futuro, produciéndose un intercambio de sus puntos fuertes. Ello favorecerá el conocimiento de los alumnos del mundo empresarial y facilitará su incorporación al mercado de trabajo. Por tanto, desde la propia universidad se debe trabajar por competencias para favorecer la empleabilidad laboral de los estudiantes en el futuro y así facilitar la integración de los profesionales en las estructuras empresariales de forma más rápida y eficiente.

32 La formación profesional es un factor decisivo de competitividad y, por ello, es preciso realizar una profunda y progresiva renovación de los sistemas nacionales de formación profesional. Es especialmente importante revisar las competencias y la orientación de los currículos profesionales en atención a las nuevas titulaciones y a las exigencias de las nuevas ocupaciones. En este sentido, sigue siendo necesaria la conexión de la formación profesional con la práctica en la empresa. Esta debe tener un papel protagonista en el proceso formativo, que debe ir más allá de su lógica presencia en la formación profesional continua, la cual estará orientada especialmente al reciclaje y a la readaptación profesional. Por tanto, es preciso profundizar en la introducción de los sistemas de formación inicial dual, que deben permitir a las personas desempleadas mejorar sus posibilidades de acceso al mercado de trabajo.

a las nuevas demandas empresariales de competencias profesionales, lo cual intensificará y transformará los métodos de selección de personas por parte de las organizaciones empresariales. Se primarán los perfiles polivalentes que se puedan adaptar con flexibilidad a los resultados que las empresas pretendan conseguir.

La formación es esencial, hasta el punto de que de ello depende no solo el mantenimiento del empleo, sino también la propia carrera profesional. El trabajador cualificado puede orientar y diseñar su propia carrera profesional. La capacitación profesional y el concepto de carrera profesional son índices que permiten mejorar las condiciones de empleabilidad de los trabajadores. Se trata de incentivar los procesos de formación continua y de incremento de conocimientos y competencias profesionales en un proceso a lo largo de la vida. La finalidad es desarrollar distintos perfiles profesionales y, por tanto, promocionar la polivalencia funcional. En este sentido, en un mercado de trabajo cada vez más competitivo, la contraprestación por el trabajo no puede ser solamente el salario, sino que el empresario debe compensar otras facetas anejas al trabajo. Cobran, pues, especial protagonismo la valoración de la formación profesional, la promoción profesional, los conocimientos adquiridos, la experiencia laboral e igualmente la participación en beneficios como opción de fidelización laboral. El aprendizaje constante y la valoración de la capacidad de aprender continuamente y ser capaz de renovarse, abre paso a una idea de promoción en el trabajo. Una promoción afianzada en el denominado “intraemprendimiento” en la empresa.

Asimismo, conviene indicar que la tecnología cambiará la propia configuración de los puestos de trabajo. Existirán nuevos perfiles ligados a las tecnologías, que se valorarán junto a otros factores como las habilidades de trato con las personas o las capacidades relativas a las ventas. Se insiste en que aumentará la valoración de los perfiles comerciales y del sector de servicios. Se habla ya de un nuevo modelo de trabajador versado en las nuevas tecnologías. A dichos empleados se les denomina gráficamente como los millennials. Ya se estimaba que en 2020 estos empleados representarían en torno al 50% de la población y se indicaba que en 2025 podrían alcanzar el 75%. La irrupción de esta nueva “generación Y” está produciendo un cambio sustancial en el mercado de trabajo. En este sentido, conviene indicar que la tecnología no puede convertirse en un factor que repercuta negativamente en las personas, sino que debe estar al servicio de ellas y mejorar los procesos de producción. La tecnología permitiría, por ejemplo, trabajar menos horas en una vida laboral más flexible. Ello puede ayudar, sin duda, a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, permitiendo el reparto de las cargas familiares en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres.

Ciertamente, las revoluciones industriales y tecnológicas han generado nuevas formas de empleo, y esa tendencia tendría igualmente que

reproducirse en el futuro como vía de sostenibilidad del mercado de trabajo³³. La tecnología y, en concreto, el problema de la robotización, es una cuestión ya tradicional que ha generado un importante debate. Por una parte se piensa que el impacto de la automatización en el empleo generará más empleo y que sustituirá a aquel que se haya podido destruir. Se generaría, pues, un nuevo modelo de trabajo, otros tipos de puestos de trabajo. Esa visión positiva concurre conflictivamente con la idea relativa a que la automatización eliminará más empleo del que pueda crear. La única manera de hacer sostenible el modelo es mediante la creación de nuevos puestos de trabajo, que se compensen o superen con el número de los puestos de trabajo suprimidos por la nueva automatización progresiva de los procesos productivos.

Sin duda, otro bloque a considerar se refiere a los cambios en la organización del trabajo y la producción. Hay un gran consenso en valorar el trabajo colaborativo como un perfil especialmente valorado por las empresas en el futuro. El modelo de trabajo ha cambiado de un sistema de organización jerárquica y rígida, donde los métodos de trabajo se desarrollaban bajo los sistemas de producción fordistas. Un trabajo en cadena en los que la actividad productiva se organizaba bajo un esquema de subordinación estricta, en el que los trabajadores se diluían en la organización del trabajo. En el futuro el modelo seguirá evolucionando hacia un tipo de empresa que se organiza en la idea de equipos de trabajo como modelo prototípico de producción. Un sistema de trabajo que tiende a valorar la polivalencia funcional en beneficio de la competitividad de las empresas, y siendo la cooperación interna una de las claves del modelo de la nueva empresa³⁴.

De igual modo, se valorarán especialmente los cambios en la forma de trabajar, ya que en el futuro el empleo de la tecnología y las alteraciones en el contenido de la prestación laboral será una cuestión ordinaria. La movilidad será un factor clave, ya que el típico puesto de trabajo estático se convertirá en un puesto dinámico, gracias a las múltiples fórmulas de acceso a la información y a la necesidad de conectar cada vez más con

33 A efectos de creación de empleo y su mantenimiento, es ya un tema tradicional la proyección de las innovaciones tecnológicas en los procesos productivos. Se cuestiona si la futura creación de empleo podrá sustentarse o no en los adelantos tecnológicos o, si por el contrario, la revolución tecnológica reemplazará a la mano de obra. De este modo, cabe plantearse si el empleo del conocimiento orientado hacia la tecnología no va a suponer un camino irreversible hacia la destrucción del empleo. Sin duda, se trata de un debate abierto y sin conclusiones definitivas.

34 En este modelo, incluso las empresas de menor tamaño encuentran una cuota importante de negocio, siempre que puedan adaptarse a las exigencias del mercado y a los requerimientos de la colaboración interempresarial. Por tanto, no son tan importantes las estructuras organizativas grandes y rígidas, que anteriormente estaban llamadas a desarrollar un gran volumen de las actividades productivas, y que ponían en el mercado productos al precio más bajo posible. Ciertamente, este cambio apunta una tendencia a un modelo de empresa más pequeña, con objetivos empresariales más concretos, y con un coste de plantilla mucho menor.

más personas³⁵. Si nos referimos a la proyección futura de los sectores de actividad, ciertamente la tecnología del I+D+I es uno de los sectores que registran mayores posibilidades de empleabilidad. Asimismo, tendrán un gran protagonismo a efectos de creación de empleo sectores como la salud³⁶, los servicios sociales, la educación, la economía verde³⁷, el turismo y el ocio, el comercio³⁸, el sector financiero³⁹ y el transporte⁴⁰.

10. Un nuevo modelo de gobernanza de las relaciones laborales

El modelo de trabajo va a afectar igualmente a la propia gobernanza del trabajo. El gobierno de las relaciones laborales se ha asegurado desde el punto de vista internacional en virtud de la aprobación de las normas internacionales de trabajo, especialmente, a través de los convenios internacionales de la OIT. Este tipo de acción normativa se ha basado en las negociaciones de carácter tripartitas aprobadas en el seno de la OIT. Tradicionalmente se ha conferido a estos instrumentos normativos el carácter de normas legales internacionales, que estaban bajo el control de la OIT. Ciertamente, el modelo seguirá vertebrándose en este tipo de instrumentos internacionales, pero se deberá avanzar en la garantía de su aplicación, dando un paso en el modelo del soft-law internacional.

Todo ello implica el respeto necesario de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, contenidos en la Declaración de la OIT

35 Ciertamente, se registrarán nuevos comportamientos en redes sociales, la intensificación de las nuevas tecnológicas en los procesos productivos, nuevos métodos y formas de trabajo, una promoción de la movilidad y, finalmente, procesos productivos configurados bajo el esquema de la globalización.

36 El sector de la salud y el bienestar experimentarán un gran desarrollo, especialmente debido al progresivo envejecimiento de la población. Asimismo, se verá favorecido por la demanda de una mayor cuota de bienestar. Estos factores generarán nuevas necesidades a la sociedad y conllevarán la prestación de nuevos servicios.

37 En el futuro tendrá un especial protagonismo la economía verde, que requiere de importantes inversiones, así como del diseño de nuevos procesos de producción ecológicos. El sector de la energía cuenta con una posición estratégica, ya que el mercado energético tiene unas previsiones positivas de crecimiento en el futuro. Ello se debe especialmente al impulso de las energías renovables, siendo este un sector en el que se depositan unas grandes esperanzas de creación de trabajo.

38 El comercio ostenta una posición privilegiada, especialmente en virtud de las nuevas posibilidades del comercio *on-line*. El denominado *e-commerce* tiene unas grandes expectativas de desarrollo futuro, aumentando las expectativas de promoción de las áreas comerciales.

39 El sector financiero va a tener una gran importancia, especialmente ligado a las nuevas necesidades de financiación para futuros proyectos empresariales. Con todo, la presencia de nuevos agentes competidores extranjeros obligará al sector a realizar una profunda reestructuración. La tendencia esperada es la mejora de los niveles de rentabilidad y la sostenibilidad con el fin de recuperar los niveles previos a la crisis económica y financiera (Chiti y Teixeira, 2013, p. 684).

40 Tienen una especial relevancia el transporte y los servicios logísticos, que incluso han sido apuntados por la Comisión Europea como un ámbito de especial seguimiento en virtud de la estrategia del transporte de 2050. En el sector del transporte se prevé la creación de un sistema que elimine la interdependencia del petróleo importado y será mayor el dinamismo de su desarrollo ecológico y sostenible.

sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Ello supondría asegurar el continuado aumento del nivel de ratificaciones, promoviendo igualdad de condiciones para todos los Estados miembros. Este proceso vendría a estimular la noción de normas internacionales comunes. Ciertamente, esta ampliación del ámbito de acción de los instrumentos internacionales debe asegurarse. De este modo, las normas internacionales de trabajo podrán proporcionar un marco adecuado de referencia para los Estados miembros. No obstante, el debate seguirá estando en la propia naturaleza de dichas regulaciones, sobre su nivel de ordenación especial, su intensidad y el detalle de sus reglas, su naturaleza más o menos imperativa y los mecanismos de garantía de su eficacia.

Esta función jurídica de las normas internacionales del trabajo es esencial ante una empresa cada vez más global, que se posiciona en el mercado con un carácter claramente transnacional. Sin duda, un reto futuro será la propia configuración de las reglas internacionales de trabajo ante la tendencia de la desregulación laboral en muchos países, muy especialmente con motivo de la crisis económica. Con todo, es preciso indicar el gran papel que han jugado en el tiempo las normas internacionales de trabajo, así como las reglamentaciones derivadas de los procesos de integración regional o, por ejemplo, los acuerdos internacionales de carácter comercial. Estas regulaciones han permitido asegurar espacios mínimos de protección laboral y de seguridad social, que han asegurado un mínimo estándar ante los procesos de transformación del trabajo. Este proceso de continuo cambio deberá suponer un replanteamiento de las nuevas reglamentaciones y una revisión de las actuales reglas internacionales de trabajo a fin de dar respuesta a los nuevos retos laborales y sociales.

Asimismo, es preciso subrayar la importancia del diálogo social en la gobernanza de las relaciones laborales. El diálogo social debe reorientarse ante la nueva realidad del mercado laboral, máxime cuando la nueva configuración del trabajo y los problemas de su regulación no pueden resolverse adecuadamente, sino es en virtud de un sistema eficaz de interlocución y diálogo social (Hyman, 2010, pp. 3-5). Ello requiere de la intervención equilibrada de las representaciones empresariales y sindicales. Sin duda alguna, en este contexto de cambio e incertidumbre el diálogo social debe seguir siendo necesario y clave para la consecución de una regulación mínima de los derechos laborales y sociales.

Igualmente, hay que seguir reforzando la dimensión internacional del sindicalismo y su influencia en los procesos de internacionalización de la económica y el desarrollo de las empresas transnacionales. El objetivo es mejorar el grado de intervención sindical en los consorcios empresariales a escala internacional. En los últimos tiempos se ha producido un cambio de sustancias de las fuerzas negociadoras, hacia la individualización de las relaciones laborales, donde los sindicatos han perdido su poder de

acción y de negociación en beneficio de los trabajadores. Este proceso ha afectado incluso a los sectores más tradicionales en los que los sindicatos mostraban mayor influencia negociadora. Ciertamente, la globalización no permite la representación de los trabajadores en un esquema de relaciones laborales que sobrepasa el modelo Estado-nación. En este esquema los sindicatos no pueden ejercer su función ante la nueva dimensión de la internacionalización de las economías. Las empresas proceden a redimensionar sus estructuras y a realizar procesos de concentración internacional de capitales, en virtud de grandes fusiones y movimientos de concentración de capital. En estos procesos las organizaciones sindicales tienen escaso margen de maniobra, cuya función de representación se limita a la esfera nacional de su ámbito de implantación.

La individualización de las relaciones laborales supone un proceso de negociación de condiciones de trabajo personalizadas, buscando espacios extramuros de la negociación colectiva; se trata de un proceso paralelo a la pérdida de poder de los sindicatos. Esta situación dará lugar a unas condiciones de trabajo menos homogéneas, ya que los propios trabajadores negociarán directamente muchas condiciones de trabajo, que no se encuentran reguladas específicamente por los convenios colectivos. Efectivamente, este modelo de individualización de las relaciones laborales está en conexión con un proceso de devaluación de la dimensión colectiva de las relaciones laborales. El fenómeno de la libertad sindical es otro de los derechos fundamentales que aún requiere de importantes esfuerzos en el ámbito internacional para su plena consecución. Aproximadamente la mitad de los trabajadores en el mundo prestan sus servicios en países que no han ratificado el Convenio No. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.

El sindicalismo necesita una profunda actualización acorde al nuevo contexto que preside la dinámica de los mercados de trabajo. Es preciso intentar compensar el progresivo debilitamiento de la función representativa de las organizaciones sindicales. En este nuevo contexto la posición sindical tiende a difuminarse, incluso con el riesgo de desaparecer o quedar relegada a determinados sectores de actividad cada vez menos representativos. Y todo ello bajo el temor del progresivo proceso de individualización de las relaciones laborales, que se extiende incluso más allá del ámbito del trabajo parasubordinado o incluso afectando al subempleo. El sindicalismo se encuentra en una situación de crisis, debido al debilitamiento de los sistemas clásicos de representación colectiva en los sectores de actividad. Esta situación repercute asimismo en la propia participación sindical en las empresas. Se trata de una posición mermada, que cuestiona el papel de los sindicatos en la representación colectiva de los trabajadores, puesto que su papel tradicional se ha manifestado como una acción orientada a la defensa de las relaciones laborales estables y protegidas. Ello supone perder su fuerza representativa en relación a

las nuevas formas de trabajo atípicas, así como respecto de los tipos de colaboradores de las empresas. El sistema de representación colectiva deberá tener influencia en el futuro, aunque el cambio de tendencia supondrá la necesidad del sindicato de adaptarse y evolucionar en este cambiante contexto. Concretamente, se deberán encontrar vías de comunicación e intereses comunes entre la empresa y los trabajadores. Es decir, se deberá buscar una conexión más estrecha con el ámbito de la empresa, que se presenta como una nueva realidad que trasciende a los objetivos generales de carácter político de los sindicatos.

Referencias

- AA.VV. (2014). *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: su incidencia en España, Europa y Brasil, 2008-2014* (Dir. J.I., García Ninet). Barcelona: Atelier.
- Annett, A. (2006). "Reform in Europe: what went right? Finance and Development, 43(3).
- Arnold, J., et al. (2011). Tax Policy for Economic Recovery and Growth. *The Economic Journal*, (121). <https://doi.org/10.1111/j.1468-0297.2010.02415.x>
- Bassanini, A., Nunziata, L. y Venn, D. (2009). Job Protection Legislation and Productivity Growth in OECD Countries. *IZA Discussion Papers*, No. 3555. Institute for the Study of Labor. <https://doi.org/10.1111/j.1468-0327.2009.00221.x>
- Baylos, A. (2012). La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral de 2012. *Revista de Derecho Social*, (61).
- Chiti, E. y Teixeira, P.G. (2013). The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis. *Common Market Law Review*, (50).
- Clauwaert, S. y Schömann, I. (2012). The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise. *ETUI Working Paper*. Bruselas: ETUI. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2208400>
- Cohen, G.A. (1988). *History, Labour and Freedom: Themes from Marx*. New York: Oxford University Press.
- De Serres, A., Murtin, F. y De la Maisonneuve, C. (2012). Policies to Facilitate the Return to Work". OECD Economics Department Working Papers. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1057/ces.2012.8>
- Driffill, J. (2013). European labour-market reform. VOX CEPR's Policy Portal.
- Funk, L. y Lesch, H. (2006). Minimum Wage Regulations in Selected Eu-

- ropean Countries. *Intereconomics*. <https://doi.org/10.1007/s10272-006-0178-3>
- Hyman, R. (2010). Social Dialogue and Industrial Relations during the Economic Crisis: Innovative Practices or Business as Usual? Industrial and Employment Relations Dept, ILO-Working Paper, No. 11.
- Jauregui, R. (2001). El futuro del empleo. El trabajo en el futuro. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, (1).
- Kerr, A. (2014). Social Rights in Crisis in the Eurozone. Work Rights in Ireland. En Claire Kilpatrick & Bruno De Witte (Eds.), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*. Fiesole: European University Institute.
- Martín Jiménez, R. y Matorras Díaz-Caneja, A. (2012). Trabajo y crisis económica: ¿Hay un trabajo mejor? *Diario La Ley*, No. 7878.
- Orlandi, F. (2012). Structural unemployment and its determinants in the EU countries. *European Economy*, No. 455.
- Ramos Quintana, M. I. (2015). La iniciativa del centenario de la OIT relativa al futuro del trabajo. *Trabajo y Derecho*, (9).
- Roche, W.K. y Teague, P. (2014). Do recessions transform work and employment? Evidence from Ireland. *British Journal of Industrial Relations*. <https://doi.org/10.1111/bjir.12006>
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (2012). Flexibilidad interna y externa en el RD-Ley 3/2012. *Diario La Ley*, No. 7833.
- Roland, E. (2006). A contentious consensus: The establishment of the National Minimum Wage in Ireland. En Schulten, T., Bispinck, R. & Schäfer, C. (eds.), *Minimum Wages in Europe*. European Trade Union Institute.
- Sen, A. (1980). Equality of What?. En McCurrin S. Tanner, *Lectures on Human Values* (Vol. 1). Cambridge: Cambridge University Press.
- Spector, H. (2006). Philosophical Foundations of Labour Law. *Florida State University Law Review*, 33.
- Turumbay Rebolé, S. (2016). Queremos realizar una reflexión rigurosa y amplia sobre el futuro del trabajo. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 920/2016 parte Comentario, Aranzadi, 2016, BIB 2016\3976.

PORTADA: RRESEÑA DEL ARTISTA INVITADA ROSITA DURÁN DE MANTILLA Y DE SU OBRA

Para este número de la revista Temas Socio- Jurídicos se escogió una muestra de la obra de Rosita Durán de Mantilla, artista santandereana, nacida en San José de Suaita el 4 de enero de 1943. Su vida no se limitó al ejercicio de la bacteriología, desarrollando habilidades artísticas durante su matrimonio con el pediatra Gregorio Mantilla, con quien procreó tres hijas. Fue alumna del maestro Martín Quintero Pacheco, de Aurora Bueno, de Yolanda de Bastidas y de Mario Hernández (entre otros) Disfrutó pintar y sus obras en acuarela se caracterizan por su colorido sin perder la transparencia.

Durante más de 35 años ha dedicado su vida a la pintura, especialmente a la acuarela. Discípula de los maestros: Martín Quintero Pacheco, Mario Hernández Prada, Kurosh Sandieghi, Svieta Svetlhana, Aurora Bueno, Enrique Quiroga, Yolanda Bastidas y Manolo Torres, ha encontrado un estilo pictórico en el que la naturaleza cobra vida y movimiento.

Sus motivos son sencillos: montañas, cascadas, flores, pueblos, oficios que invitan a revalorar la vida en el campo. Si bien la acuarela es una técnica de difícil manejo, es allí donde se siente más a gusto, tal vez porque muchas de sus improntas se reflejan en su carácter: la instantaneidad -el deseo de que todo avance sin ánimo de perfección-; la transparencia que permite ver hasta el reflejo; la fluidez en el trazo, un gusto por lo curvo en movimiento; y la exploración del color que se aparta un tanto de la tradición acuarelistica al exaltar su paleta. En sus oleos, por su parte, hay un trazo firme acompañado en ocasiones por la espátula. Ha expuesto en colectivos e individualmente.

En esta edición presentamos a ustedes la obra titulada Nocturno, cuya técnica es óleo en espátula, del año 1999.



Revista

Temas

Socio-Jurídicos

FORMATO DE SUSCRIPCIÓN

Nombre / Name	
Cédula / Identificación number	
Dirección / City	
Departamento / State	Código Postal / Zip Code
País / Conuntry	
Teléfono / Phone Number	
Profesión / Profession	
Institución / Employer	
Correo Electrónico / E-mail	
Dirección de envío / Mailing Address	

Mayores informes
Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Avenida 42 N° 48 – 11 PBX (7) (57) 6436111 - 6436261
Bucaramanga – Colombia
temassj@unab.edu.co

Último ejemplar recibido / Last issue mailed:
Año/Year Volumen/Volume fecha/Date

EDITORIAL

ABORTO Y VOLUNTAD: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y LEGAL DEL PROCEDIMIENTO MÉDICO DE INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO Y SU RELACIÓN CON LA CAPACIDAD VOLITIVA DE LA MUJER GESTANTE.

Héctor Fabian Pérez

LA INCIDENCIA DESDE LA PRINCIPALÍSTICA DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Ruth Adriana Ruíz Alarcón e Iván Santos Ballesteros

EL PRECEDENTE JUDICIAL COMO EVIDENCIA DE LA GLOBALIZACIÓN Y SU IMPLEMENTACIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA COLOMBIANA

Sindy Milena Cuervo

METODOLOGÍA DE IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN PENAL A ADOLESCENTES EN EL CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA DE LA LEY 1098 DE 2006

Rodolfo Mantilla Jácome, Carolina Bayona Rangel y Carlos Mario Frías Rubio

CRISIS DEL TRABAJO, INNOVACIÓN TECNOLÓGICA Y CAMBIOS EN EL EMPLEO: UN FUTURO DEL TRABAJO MÁS INCIERTO

Eduardo López Ahumada

PORTADA: RESEÑA DE LA ARTISTA ROSITA DURÁN DE MANTILLA Y DE SU OBRA



de puertas abiertas

VIGILADA MINEDUCACIÓN

ISSN 0120-8578

