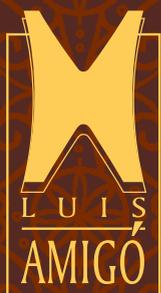


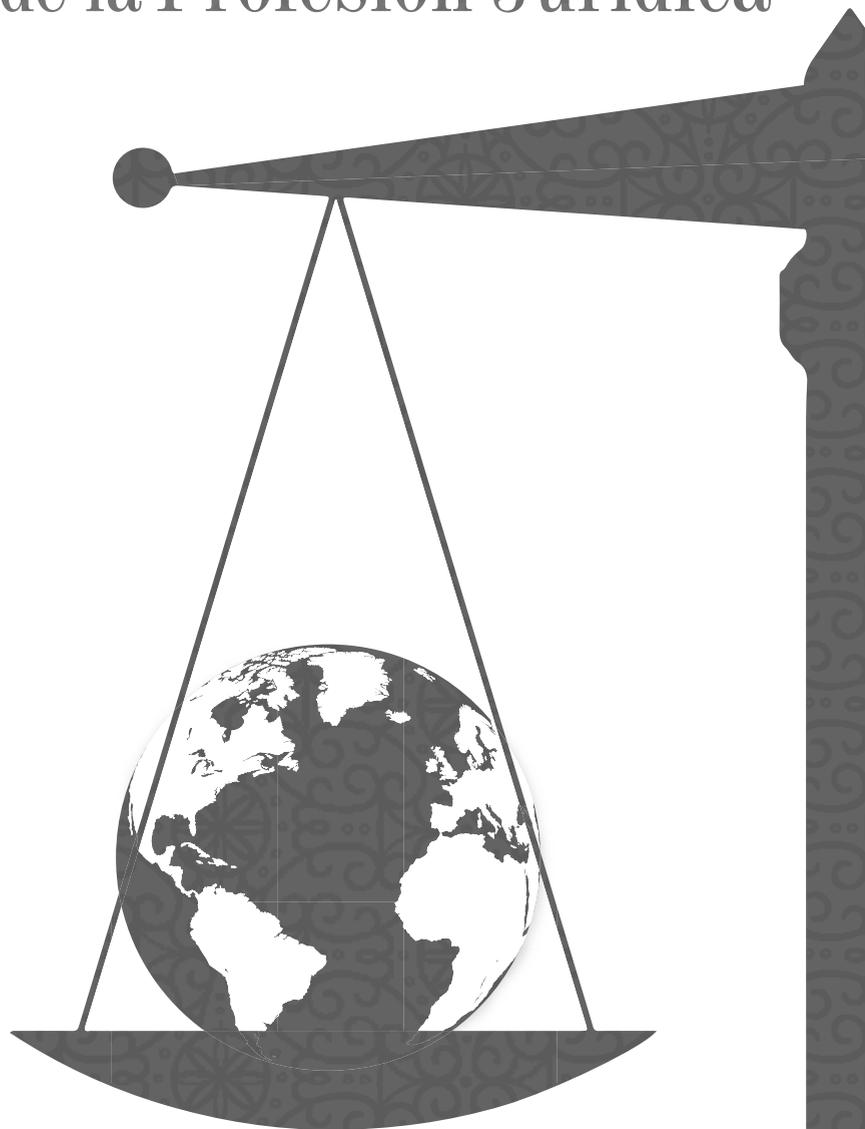
Memorias Congreso La Internacionalización de la Profesión Jurídica



FUNDACIÓN
UNIVERSITARIA



Memorias Congreso La Internacionalización de la Profesión Jurídica



©Fundación Universitaria Luis Amigó

Transversal 51A N°. 67-90. Medellín, Antioquia, Colombia
Tel: (574) 448 76 66 (Ext. 9711. Departamento de Fondo Editorial)

www.funlam.edu.co–fondoeditorial@funlam.edu.co

Memorias I Congreso La Internacionalización de la Profesión Jurídica
16 y 17 de octubre de 2015 / Medellín-Colombia

ISSN: 2500-8358

Fecha de edición: 27/06/2016

Autores:

Jesús David Londoño Bedoya
Liliana Marcela Herrera Ruíz
David Mauricio Pineda Arias
Isabela Cañas Estrada
Juan José Aristizábal López
Andrés Felipe Taborda Mesa
Camilo Andrés López
Esteban Carreño Jurado
Alejandro Bedoya Ocampo
Mateo Gallego Orozco
Santiago Castaño Ramírez
David Guillermo Patiño Serna
Carlos Alberto Agudelo Agudelo
Estefanía Echeverry Suárez

Compiladora:

Liliana Marcela Herrera Ruíz

Corrección de estilo:

Rodrigo Gómez Rojas

Diseño y Diagramación:

Arbey David Zuluaga Yarec

Editorial:

Fundación Universitaria Luis Amigó

Coordinadora Departamento de Fondo Editorial:

Carolina Orrego Moscoso

Hecho en Medellín-Colombia / Made in Medellín – Colombia

Financiación realizada por la Fundación Universitaria Luis Amigó

Texto resultado del Congreso “Internacionalización de la profesión jurídica”, realizado en el Centro Regional de Manzales de la Fundación Universitaria Luis Amigó.

Los autores son moral y legalmente responsables de la información expresada en este libro, así como del respeto a los derechos de autor. Por lo tanto, no comprometen en ningún sentido a la Fundación Universitaria Luis Amigó.

Se permite la reproducción parcial del contenido, siempre y cuando no se utilice con fines comerciales, se cite al autor y se den los créditos a la Funlam como institución editora. Prohibida la reproducción total, por cualquier medio o con cualquier propósito, sin autorización escrita de la Fundación Universitaria Luis Amigó.



El libro *Memorias I Congreso La Internacionalización de la Profesión Jurídica 16 y 17 de octubre de 2015*, publicado por la Fundación Universitaria Luis Amigó, se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.

Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden encontrarse en <http://www.funlam.edu.co/modules/fondoeditorial/>



CONTENIDO

Presentación

La internacionalización de la profesión jurídica en la contratación estatal 5

Jesús David Londoño Bedoya

Factores que facilitan la internacionalización de la profesión jurídica .. 19

Liliana Marcela Herrera Ruiz

La movilidad laboral y estudiantil en la Alianza del Pacífico 33

David Mauricio Pineda Arias

La enseñanza de Derecho a la luz de la Sentencia T-406 del 92 42

Isabela Cañas Estrada

Juan José Aristizábal López

Andrés Felipe Taborda Mesa

Camilo Andrés López

Esteban Carreño Jurado

Alejandro Bedoya Ocampo

Mateo Gallego Orozco

Santiago Castaño Ramírez

David Guillermo Patiño Serna

Carlos Alberto Agudelo Agudelo

Libre circulación de trabajadores de la Unión Europea. Perspectiva para el MERCOSUR 76

Estefanía Echeverry Suárez



PRESENTACIÓN

Para el programa de Derecho de la Fundación Universitaria Luis Amigó, Sede Manizales, es muy grato presentar a la comunidad académica la publicación de las memorias del *Congreso de internacionalización de la profesión jurídica*, ya que las condiciones cambiantes del entorno económico y laboral hacen necesario generar espacios de discusión sobre temas tan actuales como lo es el del mercado laboral, la internacionalización de las profesiones y del Derecho, que a su vez, se convierten en un reto para las Facultades, pues no solo se trata de formar juristas de calidad, sino también preparados para asumir cargos y opciones laborales en el extranjero; en este marco, el desafío es asimismo para los profesionales del Derecho.

La internacionalización de la profesión jurídica entonces debe ser un tema obligatorio, que no solo se aborde desde las posibilidades para ampliar el mercado laboral de los juristas colombianos, sino desde las reales implicaciones éticas, pedagógicas, sociales y educativas que plantea.

La publicación que ofrecemos a la comunidad educativa, plantea reflexiones del impacto de lo económico sobre lo laboral y esperamos que se habrá un espacio para nuevas opciones de análisis de un tema vigente y neurálgico, para el desarrollo de la profesión jurídica.



La internacionalización de la profesión jurídica en la contratación estatal¹

*Jesús David Londoño Bedoya**

Resumen

La presente ponencia pretende analizar el funcionamiento de la contratación pública desarrollada por las entidades estatales colombianas en el ámbito internacional, desde tres perspectivas de reglamentación: la formación, la ejecución y la solución de controversias contractuales. La revisión de este funcionamiento permite identificar el panorama de internacionalización de la profesión jurídica con respecto a la aplicación de nuestro ordenamiento jurídico o de normas internacionales para este tipo de relaciones contractuales; esto, desde el ejercicio litigioso hasta la asesoría jurídica que se puede desarrollar dentro de la actividad referida.

Así pues, se pretende analizar la posibilidad de internacionalización que posee nuestra profesión jurídica, específicamente en el área de la Contratación Estatal.

Palabras clave

Contratación estatal, Internacionalización de los contratos públicos, Arbitraje internacional, Contratación Pública internacional.

¹ La presente ponencia fue desarrollada en el marco del Primer Congreso de Internacionalización de la Profesión Jurídica desarrollado en la Fundación Universitaria Luis Amigó Sede Manizales.

* Abogado, Universidad de Caldas (2010); Magíster en Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia (2013); Docente tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Luis Amigó–Sede Manizales. Correo electrónico: jdllb_89@hotmail.com

Summary

This paper aims to analyze the functioning of public contracting carried out by agencies of the Colombian government worldwide from three perspectives of regulation: Therising, execution and settlement of contractual disputes worldwide.

Having reviewed the functioning of international public contracting by or with state entities, we can identify the picture of internationalization of the legal profession regarding the implementation of our legislation or international standards into contractual relations. All of these covering a scope from litigation to the legal advice that can be developed with in international affairs.

Thus, the possibility of internationalization that our legal profession has is specific all analyzed in the field of government contracting.

Keywords

Government contracting, internationalization of public contracts, international arbitration, international contracting.

Introducción

Colombia, como es bien sabido, tiene su propio régimen de contratación pública, en el cual se determinan los principios y reglas que rigen los contratos de las entidades estatales. Este régimen contempla diferentes posibilidades de contratación a nivel internacional para dichas entidades; nos encontramos con la probabilidad de celebración de contratos en el exterior; así mismo, con la de que, aun celebrándolos en el territorio nacional, estos contratos deban ejecutarse en territorio extranjero; o la posibilidad de que la ejecución de dichos contratos se deba realizar parcialmente en un país extranjero y consecuentemente de manera parcial en Colombia; sin desconocer que los recursos propios de la contratación realizada, pueden provenir en parte de una entidad del estado colombiano y en parte de un organismo internacional o de otro estado.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante comenzar con la revisión de la reglamentación que posee nuestro país en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en cuanto a la formación, ejecución y solución de controversias contractuales a nivel internacional y el trato que se le otorga a los extranjeros en los procesos contractuales colombianos. De esta manera, podremos realizar algunas apreciaciones frente al ejercicio de la profesión jurídica en esta área, desde la posibilidad del ejercicio litigioso y la asesoría internacional.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y la reglamentación de la actividad contractual internacional de las entidades del Estado

En virtud del artículo 150 de nuestra Constitución Política, el Congreso de la República es quien ostenta la competencia para expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional (Corte Constitucional, Sala Plena, C-711/12, 2012).

Dicha responsabilidad ha sido abortada por el Congreso Nacional a través de la expedición de la Ley 80 de 1993, en la cual se dispusieron las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales en Colombia. Entre dichas reglas, se encuentran las que indican el régimen jurídico aplicable a aquellos contratos celebrados por dichas entidades que de una u otra forma, se realicen en el exterior o con la participación de contratistas extranjeros. No obstante, con la expedición de la Ley 80, el Congreso Nacional, igualmente desarrolla parte del principio constitucional contemplado en el artículo 226 de la Constitución Política, referente a la promoción de la internacionalización de las relaciones económicas, puesto que a través de la reglamentación de los contratos celebrados por las entidades estatales colombianas con organismos multilaterales, otros estados o algunos particulares extranjeros, se está promoviendo la internacionalización de las relaciones económicas.

Ahora bien, frente a lo que tiene que ver con la normatividad aplicable a la internacionalización de los contratos estatales, encontramos diferentes consagraciones a lo largo del Estatuto. Haremos referencia a aquellas que de manera puntual regulan la formación, la ejecución y la resolución de controversias de dichos contratos internacionales.

Celebración y ejecución de contratos estatales a nivel internacional. Posibilidades de internacionalización del ejercicio de la profesión jurídica

Conforme al artículo 13 del Estatuto de Contratación Pública, se contempla la posibilidad que los contratos estatales que se celebren en el exterior, puedan dirigir su ejecución con base en las reglas del país en el que se hayan suscrito. Esto, siempre y cuando su ejecución no se deba realizar en Colombia. De acuerdo al inciso segundo del mencionado artículo: “los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia” (Congreso de Colombia, Ley 80, art 13, 1993).

Lo anteriormente mencionado, hace relación al principio general del derecho, según el cual la jurisdicción competente para resolver sobre el contrato, es aquella determinada por el lugar de su ejecución, independientemente del sitio en donde se halla suscrito el negocio jurídico. Así pues, de acuerdo con el artículo 13, aquellos contratos que se celebren en el exterior por parte de alguna entidad del Estado, en lo concerniente a su proceso de estructuración, esto es, todo el procedimiento previo a la adjudicación del contrato, se deberán someter a las reglas del estatuto de contratación pública, permitiéndose la posibilidad de aplicarse el ordenamiento jurídico extranjero, solo en lo que corresponde a la ejecución. De esta manera, nos encontramos frente a la primera posibilidad de internacionalización de los contratos estatales; y en consecuencia, a la oportunidad de ejercicio de nuestra profesión desde la asesoría jurídica a través del ordenamiento normativo extranjero.

Ahora bien, el mismo artículo 13 del Estatuto de Contratación Pública, indica que aquellos contratos que se celebren en Colombia y que su ejecución se deba realizar en territorio extranjero, cuentan con la posibilidad de someterse a la ley extranjera. Así las cosas, esta es la segunda posibilidad de internacionalización de la contratación pública de nuestro país, puesto que incluso aquellos contratos cuya celebración se realice en Colombia, puede regirse por la ley del país de su ejecución, siguiendo los parámetros del principio general del derecho que anteriormente resaltábamos. Conforme al segundo inciso de la norma en referencia: “Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la ley extranjera” (Ley 80, art. 13, 1993).

Con todo esto, nuestro país muestra una clara intención de participación internacional en lo atinente a la regulación de los contratos celebrados por sus entidades, cuya ejecución se realice en territorio extranjero. De este asunto, la Corte Constitucional mediante sentencia C-249 de 2004, indicó:

En este sentido, el Estado colombiano muestra una participación internacional que lo compromete al tenor de los correspondientes instrumentos supranacionales y que para el caso en cuestión, se puede resumir a través de los siguientes registros:

— El Tratado sobre Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional celebrado en Montevideo (1888-1889), al cual se adhirió Colombia mediante la Ley 40 de 1933, y que consagra el principio de que los contratos se rigen por la ley de la ejecución. El mismo principio se halla en los tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1940, si bien no están ratificados por Colombia. Al respecto conviene recordar que la Ley 40 de 1933 fue declarada inexecutable en sentencia de 18 de junio de 1987 de la Corte Suprema de Justicia; pero que posteriormente, mediante la Ley 33 de 1992 fue aprobado nuevamente el tratado (1888-1889).

Tenemos hasta aquí dos claras posibilidades de internacionalización de la contratación pública en Colombia; ambas, se fundamentan en el principio de “Lex Loci Executionis” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-249/04, 2004), a través del cual, los contratos que se celebren entre personas de diferentes estados, deben regirse por la ley imperante en el lugar de su ejecución.

Ahora, existe una tercera posibilidad que otorga el Estatuto de Contratación Pública frente a la internacionalización de los contratos estatales; es aquella referente a la contratación con organismos internacionales y cuyo financiamiento se realice con recursos de estos organismos. Lo diferente, respecto de las dos posibilidades que describíamos anteriormente, es que en este caso la financiación de la operación contractual se realiza con recursos que en parte o totalmente pertenecen a dichos organismos.

De acuerdo al artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, que introduce modificaciones a la Ley 80 de 1993:

Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.

Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional, cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos

y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades.

Las entidades estatales, no podrán celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

Observemos pues, que esta tercera posibilidad de internacionalización va orientada hacia la realización de contratos o convenios con organismos multilaterales. Este tipo de contratos o convenios internacionales son bastante comunes en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, ya que nuestro país hace parte de diferentes organismos internacionales, como por ejemplo el Fondo Monetario Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo, con los cuales nuestro país se ha relacionado activamente en la formulación de metas y programas de desarrollo.

Esta tercera posibilidad, implica la factibilidad de someter los contratos o convenios celebrados a la reglamentación especial que posean dichos organismos multilaterales, en lo relacionado con los procedimientos de formación, adjudicación, ejecución y cumplimiento de los negocios jurídicos que celebren.

Fijémonos que en este tipo de contratos o convenios, parte de la financiación o del presupuesto de los mismos, es propiedad de dichos organismos multilaterales; lo que significa una ventaja para el país que suscriba el contrato o convenio con el organismo, puesto que estaría obteniendo provecho de recursos que no posee y que le están facilitando a través de la financiación. Esto, de alguna manera, justifica que los contratos o convenios sean regulados a través de las normas de dichos organismos.

Así mismo, debemos observar que la posibilidad de reglamentación que excepcionalmente se permite para este tipo de contratos, es la regulación propia de dichos organismos y no la regulación de otro Estado. La internacionalización en este caso es diferente, puesto que el sometimiento a un ordenamiento jurídico distinto al colombiano, en lo que tiene que ver con los

contratos celebrados por las entidades estatales, no es la regulación de otro país, sino la regulación que varios países acordaron instituir dentro de un organismo multilateral del cual hagan parte. La labor jurídica del profesional que pretenda ejercer el Derecho a nivel internacional en este tipo de casos, requiere de una competencia que igualmente le será útil para desarrollar muchos otros casos que se presenten con otros estados que también sean miembros del organismo multilateral.

Ahora bien, se debe advertir que el estatuto contempla una prohibición expresa, frente a lo que tiene que ver con la celebración de contratos o convenios para la administración de recursos propios o de aquellos que sean asignados a través del presupuesto público. En este sentido, tal como indica la Corte Constitucional:

Por lo mismo, este inciso es enteramente inaplicable en relación con aquellos contratos relativos a recursos del presupuesto general de la Nación o de los presupuestos territoriales, cuando tales recursos no correspondan a donaciones o empréstitos (C-249/04, 2004).

Finalmente, nos encontramos con una cuarta posibilidad de internacionalización de la contratación pública en Colombia. Ésta tiene que ver con aquellos contratos o convenios que se celebren con personas extranjeras, derecho público. La característica esencial de este tipo de contratación es la cualificación del sujeto extranjero que contratará con una entidad pública colombiana, como un sujeto igualmente de naturaleza pública; es decir, una persona jurídica estatal. Según el párrafo del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007: “los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos”.

Como se puede observar, las reglas consagradas en el párrafo transcrito, indican la posibilidad de que los contratos o acuerdos que se celebren con dichas entidades, se puedan someter al derecho al que se encuentren sometidos estos organismos. En ese orden de ideas, se hace necesario conocer las normas del estado extranjero al cual pertenezca el organismo con el que vaya a contratar la entidad pública colombiana, para verificar las reglas que posiblemente puedan regir la relación contractual. He aquí la necesidad de poseer un conocimiento técnico frente a lo que son las normas

extranjeras. La aplicabilidad de dicho conocimiento jurídico, referente a un ordenamiento extranjero, denota la posibilidad del ejercicio jurídico a nivel internacional.

Es claro entonces, que el Estatuto de Contratación Pública en Colombia permite que determinados contratos celebrados por las entidades del Estado se acojan, como revisamos hasta ahora, a las reglas contempladas en diferentes ordenamientos jurídicos, ya sea aquellos a los que se amparan los organismos multilaterales o aquellos propios de otros Estados frente a los cuales se sujetan tanto las personas de derecho privado como las personas de derecho público.

Así las cosas, hemos revisado cuatro posibilidades de internacionalización de la contratación pública en Colombia, evidenciando la oportunidad que se presenta al ejercicio de nuestra profesión a nivel internacional. Lo anterior desde dos eventualidades; la primera, concerniente a la asesoría en la formación y ejecución de los contratos o convenios celebrados internacionalmente a aquellos nacionales que pretendan este vínculo con alguna persona de derecho privado o de derecho público que tenga origen extranjero, así como cualquier organismo de carácter multilateral. Y la segunda, a la asesoría que se pueda brindar a los sujetos extranjeros de la relación contractual, cuyos contratos con entidades públicas colombianas se sometan a nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, nos corresponde revisar lo concerniente a la solución de controversias que se puedan suscitar dentro de la relación contractual de orden internacional.

Solución de controversias contractuales a nivel internacional

En toda relación contractual es factible la existencia de controversias en cuanto a la interpretación de las cláusulas estipuladas en el contrato o la manera en que éste se ejecuta. Estas controversias han de dirimirse por medio de los tribunales u órganos judiciales competentes. Como veremos, existen

algunas reglas dentro del estatuto de contratación pública y de otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, que nos indican la manera en que se han de resolver los desacuerdos planteados frente al contrato y su ejecución cuando son celebrados internacionalmente.

En este sentido, nos encontramos frente a la factibilidad de resolver los conflictos suscitados respecto del contrato de acuerdo a las posibilidades de contratación internacional que se permiten en Colombia, y que fueron mencionadas en el acápite anterior; así las cosas, la solución a las controversias presentadas en el desarrollo y finalización de la relación contractual, puede ser de diferentes clases.

De esta manera, nos encontramos frente a las siguientes posibilidades de controversias: en primer lugar, las que pudieran surgir dentro de un contrato firmado por una entidad pública colombiana y una entidad de derecho privado extranjera; en segundo lugar, se pueden suscitar controversias dentro del contrato o convenio firmado por una entidad pública colombiana y una entidad de derecho público extranjera; y finalmente, se puede suscitar algún tipo de controversia frente al contrato firmado por una entidad pública nacional y un organismo multilateral. Como veremos, existen tres maneras de resolver los conflictos suscitados en el desarrollo de la actividad pública contractual a nivel internacional: la aplicación del régimen interno de Derecho Colombiano, la aplicación del Derecho Internacional y finalmente la resolución Arbitral.

Aplicación del reglamento interno para solución de controversias contractuales

Esta primera forma hace referencia a la aplicación del ordenamiento jurídico colombiano dentro de la resolución de las controversias que se susciten en la contratación pública internacional. Esto quiere decir, que la primera posibilidad para resolver los conflictos que estamos planteando, es aquella mediante la cual se da cumplimiento a los mandatos consagrados en el derecho colombiano.

Dicha posibilidad se presenta en los siguientes casos: en primer lugar, cuando la contratación se realiza entre una entidad pública colombiana y una entidad de derecho privado extranjero, siempre que la ejecución del contrato se realice en Colombia; en segundo lugar, cuando los contratos o convenios celebrados con organismos multilaterales sean financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50% con fondos de la entidad pública colombiana; y finalmente, cuando por voluntad de las partes, los contratos celebrados por una entidad pública colombiana y otra entidad particular, pública u organismo internacional, se sometan al derecho colombiano. Recordemos que el Estatuto de Contratación Pública, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y demás concordantes, permite esta última posibilidad.

Ahora bien, frente a la forma en que opera este tipo de resolución de controversias, debemos anotar que las reglas consagradas en el derecho colombiano, se encuentran estipuladas en los artículos 68 al 75 del Estatuto de Contratación Pública.

Aplicación del ordenamiento jurídico de otro Estado para solución de controversias contractuales

Esta segunda forma alude a la aplicación del ordenamiento jurídico de otro Estado, dentro de la resolución de las controversias que se susciten en la contratación pública internacional. Esto quiere decir, que la segunda posibilidad para resolver los conflictos que estamos planteando, es aquella a través de la cual se da cumplimiento a los mandatos consagrados en el ordenamiento jurídico de otro Estado.

La posibilidad que anotamos, se puede dar en los siguientes casos: en primer lugar, cuando la contratación se realiza entre una entidad pública colombiana y una entidad de derecho privado extranjero, siempre que la ejecución del contrato se realice en territorio extranjero y así lo acuerden las partes; en segundo lugar, cuando los contratos o convenios celebrados con organismos multilaterales sean financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50% con fondos de dichos organismos y así lo esti-

pulen las partes; en tercer lugar, cuando la contratación se realiza entre una entidad pública colombiana y una entidad de derecho público extranjero y así lo acuerden las partes; y finalmente, cuando los contratos celebrados por una entidad pública colombiana y un organismo de derecho internacional, tengan por objeto alguno de aquellos que se mencionan en el segundo inciso del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 y así lo estipulen las partes.

Frente a la forma en que opera este tipo de resolución de controversias, debemos anotar que las reglas se encuentran consagradas en el Derecho Internacional; esto es, a través de tratados y convenios suscritos por Colombia, en el Derecho del Estado al cual pertenezca la entidad extranjera que suscriba el contrato con la entidad colombiana y finalmente en las reglamentaciones que rijan los organismos internacionales.

Resolución arbitral de controversias

En virtud de la Ley 1563 de 2012, la cual derogó el artículo 70 del Estatuto de Contratación Pública, se consagraron las reglas de aplicación del arbitraje nacional e internacional. Este arbitraje consiste en la resolución alternativa de un conflicto de libre disposición o autorizado por la ley. Tal como estipula su artículo primero:

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice (Ley 1563, 2012).

En este sentido, los contratos estatales pueden incluir una cláusula compromisoria, en la cual sometan a la decisión de árbitros las controversias que se pueda suscitar por razón de la celebración, ejecución o cumplimiento de determinado contrato.

Así las cosas, su pacto impide a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer sobre el asunto, sin que éste sea resuelto por el árbitro o tribunal arbitral que corresponda.

Frente a la forma en que opera este tipo de resolución de controversias, debemos anotar que las reglas consagradas en el derecho colombiano se encuentran estipuladas en los artículos 62 al 68 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Ley 1563 de 2012.

Conclusiones

De acuerdo con lo analizado a lo largo de la presente ponencia, podemos concluir la viabilidad que posee el ejercicio de la profesión jurídica a nivel internacional, esto desde las dos perspectivas que hemos podido analizar, por un lado desde la asesoría jurídica y por otro, desde el ejercicio litigioso en lo que concierne a la resolución de controversias contractuales.

Ahora bien, debemos indicar que el profesional que pretenda realizar un adecuado ejercicio del Derecho a nivel internacional, frente a lo que tiene que ver con la contratación pública, debe adquirir competencia en lo que corresponde al derecho colombiano, así como en lo que representan los ordenamientos jurídicos extranjeros, ya sean aquellos que rigen en otros Estados, como aquellos que rigen el funcionamiento de organismos multilaterales.

Así las cosas, es menester concluir que la posibilidad del ejercicio profesional a nivel internacional, requerirá de una adecuada formación en normas, tanto de derecho nacional como de derecho extranjero. De esta manera, se podrán asesorar clientes nacionales y extranjeros desde lo que corresponde a la formación y ejecución de los contratos y también se podrá abogar por los intereses de los clientes extranjeros y nacionales en cuanto a la solución de controversias contractuales.

Referencias

- Congreso de Colombia. (12 de julio de 2012). Artículo 1 [Capítulo I]. Normas generales del arbitraje nacional. [Ley 1563 de 2012]. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html.
- Congreso de Colombia. (28 de julio de 2007). Artículo 20 [Título III]. Eficiencia y transparencia en la Ley 80 de 1993. [Ley 1150 de 2007]. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html.
- Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993). Artículo 13. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. Recuperado de <http://www.contratacionestatal.com/estatuto-general-de-contratacion-de-la-administracion-publica-contratacion-estatal/>.
- Corte Constitucional, Sala plena. (12 de septiembre de 2012). Sentencia C-711/12. [MP Mauricio González Cuervo].
- Corte Constitucional, Sala plena. (16 de marzo de 2004). Sentencia C-249/04. [MP Jaime Araújo Rentería].



Factores que facilitan la internacionalización de la profesión jurídica¹

*Liliana Marcela Herrera Ruiz**

Resumen

La globalización y la creciente internacionalización de las economías y los estados, han generado un nuevo escenario en el que las profesiones, incluida la jurídica, se ven abocadas a replantear su quehacer y establecer nuevas formas de aproximarse tanto al conocimiento como a la práctica, para acceder a mercados laborales internacionales; es así como la especialización, el multilingüismo y el manejo de las Tic, forman parte de las nuevas áreas que debe desarrollar un profesional que desee ejercer de manera internacional su profesión.

Palabras clave

Internacionalización, Profesión jurídica, Profesión abogado, Mercado laboral.

¹ Esta ponencia fue desarrollada para el Primer Congreso de Internacionalización de la Profesión Jurídica realizado en Manizales–Caldas, por la Fundación Universitaria Luis Amigó y es un avance derivado de las investigaciones para la Fundación Universitaria Luis Amigó, sede Manizales, sobre “Estado de la internacionalización de la profesión de abogado en Caldas en comparación con el resto del país y éste con los países de la Alianza del Pacífico”.

* Magister en Gerencia del Talento Humano, docente investigadora de la Fundación Universitaria Luis Amigó, perteneciente al grupo de investigación de la Facultad de Derecho: “Jurídicas y Sociales”, Fundación Universitaria Luis Amigó. Correo electrónico: liliana.herreraru@amigo.edu.co.

Summary

Nowadays, Globalization, the dynamic of the nations and growing economics internalizing have created new professional scenarios. And all professions including “Legal profession” have the necessity to rethink its educational work and to establish innovative strategies to integrate “Knowledge and practice at the same time; In order to access an international labour market.

In addition legal formation has to integrate new knowledge areas as multilingualism, TIC and some specializations. All these tools are necessary to be an international professional.

Keywords:

Internalizing, Legal profession, Lawyer, Labour market.

Introducción

Desde la antigüedad, se ha privilegiado en la formación de los abogados el transmitir un saber necesario para formar un buen abogado litigante; actualmente, este hecho lo comprueban la mayoría de currículos de las universidades colombianas que forman en las diferentes áreas del Derecho y que expresan en sus perfiles de egreso la intencionalidad de promover el ejercicio independiente de la profesión.

La profesión de abogado se encuentra inmersa en un proceso de cambio permanente, conectado a los cambios sociales, económicos y políticos de los países, así como a la transformación del mercado laboral, que pasó de un mercado de productos a la consolidación del mercado de servicios.

La transformación democrática y la construcción del llamado Estado de Derecho han tenido un impacto específico en la profesión y mercado de la abogacía. A grandes rasgos, la transformación social de la profesión de abogado está ligada a los cambios en el papel del Estado y del mercado: reducción del Estado como mercado profesional y aumento del mercado profesional propio de una sociedad post-industrial y de servicios (Rodríguez Ávila, 2001, p. 3).

El nuevo escenario mundial, más competitivo y abierto, donde la tendencia general va dirigida hacia una transnacionalización y globalización de la economía y de las relaciones internacionales, obliga a que los nuevos profesionales desarrollen habilidades y capacidades que les permitan dar respuesta a estos escenarios cambiantes.

La sociedad moderna ofrece múltiples posibilidades para los abogados y el derecho, al cual se le han sumado una serie de nuevos saberes y desarrollos técnicos y tecnológicos, propios de las formas de vida actuales como los relacionados con el campo informático, la virtualidad, el desarrollo de conocimientos en el aprendizaje de más de un idioma, así como las nuevas formas empresariales, caso específico de los bufetes de abogados y las labores que implican en relación con la búsqueda de clientes y el desarrollo de procesos de marketing de servicios. Todos estos integradores de un conocimiento que favorece la internacionalización.

“Los abogados como profesión son indispensables para la integración de la economía transnacional y para la defensa de los intereses nacionales” (Rodríguez Ávila, 2001, p. 18); en este orden de ideas, el derecho trasciende el tema jurídico y entra a formar parte de saberes complementarios necesarios para el desarrollo de las economías y los países.

Las firmas de abogados transnacionales surgen de las necesidades que se generan con el comercio internacional, dando lugar a una comunidad internacional de abogados especialistas que establecen relaciones favorables en un mercado global, así como la defensa de los intereses mediante un sistema de justicia privada internacional.

El mercado de servicios al que pertenecen los abogados, con los procesos de internacionalización, resulta cada vez más competitivo y ha provocado que los abogados deban primero desarrollar nuevas habilidades y niveles de especialización.

La diversidad de inserciones laborales de los abogados se traduce en una creciente estratificación de la profesión, cuyos segmentos difieren significativamente no sólo en tipos de tarea, sino, muy especialmente, en grados de especialización y niveles de ingreso (Bergoglio, 2007, p. 16), lo cual es generado por la aparición de grandes firmas y multinacionales, que requieren de asistencia jurídica para sus negocios internacionales. Esto supone un cambio en la praxis jurídica, que se vuelve altamente especializada y demanda grandes competencias técnicas para operar simultáneamente en más de un ordenamiento jurídico. Requiere igualmente, de abogados con perfiles técnicos y con altos niveles de especialización, manejo del multilingüismo, operatividad geográfica y herramientas tecnológicas que les permiten dar respuesta oportuna a necesidades cambiantes de múltiples clientes.

Factores para la internacionalización de la profesión de abogado

Las TIC

Hablar de la sociedad posmoderna sin referirse a los avances de la tecnología, es negar el claro impacto que esta tiene no solo en la sociedad, sino en la forma en la que concebimos el trabajo.

Lo afirmado anteriormente, queda claramente demostrado en las diferentes ramas científicas de la sociedad, donde ahora, sería impensable una aplicación y desarrollo apropiado de las mismas sin la ayuda de los avances informáticos (Aspis, 2010, p. 327).

El mundo de hoy está marcado por los procesos de globalización y, aunque no se trata de un proceso nuevo, la revolución de las comunicaciones y la información le han dado nuevas dimensiones, que representan transformaciones cualitativas con respecto al pasado, frente a lo cual, la profesión jurídica no es ajena.

Las TIC en la administración de justicia y en el funcionamiento de los despachos de abogados, aportan herramientas y soluciones tanto de conectividad, como de manejo de la información, contribuyendo a la racionalización de los procedimientos, manejo de recursos, soluciones tecnológicas, sistemas de gestión y control que son herramientas básicas para cualquier abogado.

Las tecnologías de la información forman parte de la vida de la sociedad posmoderna y, fundamentalmente, de los procesos de internacionalización. Cualquier ambiente laboral actual incluye como herramientas básicas elementos de las Tic, lo que hace imperativo su conocimiento y manejo.

Las TIC, se han convertido rápidamente en un conjunto de herramientas indispensables para cualquier profesión, a través de ellas se interactúa, escribe, proyecta, integra, acuerda y solucionan problemas de múltiples actores en diversos

sitios del planeta, incluso sin la necesidad de que dichas herramientas sean sofisticadas; en muchos casos, ha sido suficiente el simple intercambio de mensajes electrónicos (Sepúlveda Londoño, 2010, p. 125).

Estas nuevas tecnologías de la información permiten la relación con personas y empresas que no tienen la misma ubicación geográfica; hacen que el ejercicio de la profesión en un país diferente sea visible y brindan la posibilidad de que los profesionales o empresas jurídicas puedan tener una plataforma que proyecte y ofrezca los servicios que allí se realizan.

En un mundo globalizado, la utilización de las Tic es fundamental. Tanto así, que dichas herramientas se convierten en motor publicitario, base para conectarse con los clientes del extranjero y acción fundamental en una empresa que brinda servicios jurídicos, y más cuando estos se ofrecen en un territorio diferente al de origen del prestador del servicio.

Puesto de otra manera, si las tecnologías de la información son tan importantes para cualquier tipo de negocio o empresa jurídica, como estrategia de marketing digital a nivel nacional en cualquier país, es todavía más relevante poseer la oportunidad de estar presentes en internet para el ofrecimiento de servicios en un territorio diferente al de origen.

En la actualidad, las herramientas de las TIC más utilizadas por los profesionales en derecho, son los documentos digitalizados. Estos permiten el acceso a un expediente a través de la red, sumado a la accesibilidad de la información de los procesos legales. En términos de María Pérez Durán, las Tic son empleadas en el registro de la información, mediante la digitalización de todo tipo de información: textual, sonora, icónica y audiovisual. “Con el uso de los equipos adecuados, se puede captar cualquier información, procesarla y finalmente convertirla a cualquier formato para almacenarla o distribuirla” (Pérez 2012, p. 92).

Bajo estas condiciones, las Tic no solo se convierten en un factor clave para la internacionalización, sino también para el ejercicio del derecho, en cualquiera de sus escenarios, pues el acceso a la comunicación y la información, garantiza conocimiento relevante al momento de afrontar un trabajo de índole legal.

Especialización de área de trabajo

El ejercicio de la profesión jurídica a nivel nacional presenta una enorme multiplicidad de áreas de trabajo, que podríamos decir van desde la división primaria del Derecho en dos grandes ramas –Derecho Público y Derecho Privado–, hasta la gran diversidad de materias que se desprenden a partir de allí. Por esta razón, la práctica jurídica en el ámbito nacional no se concentra en áreas específicas del Derecho, sino que varía en cuanto a las numerosas posibilidades que permite la concurrencia de tantas ramas y sub-ramas del Derecho.

La sociedad moderna en la que vivimos ofrece múltiples posibilidades para los abogados y el derecho, al cual se le han sumado una serie de nuevos saberes y desarrollos técnicos y tecnológicos propios de las formas de vida actuales; a manera de ejemplo, podríamos citar los relacionados con el campo informático y la virtualidad.

En el contexto colombiano y con base en el análisis de los currículos y los perfiles profesionales de las universidades colombianas acreditadas con alta calidad en sus programas de derecho, se puede evidenciar algunos nuevos roles para los cuales se pretenden formar a los profesionales en derecho; estos son:

Asesor jurídico en empresas públicas y privadas: en los campos del derecho laboral, comercial, penal administrativo, tributario, financiero, entre otros.

- Docente universitario: en las diferentes áreas del derecho.
- Negociador, conciliador o árbitro: que permita la resolución pacífica de conflictos.
- Gerente, secretario general, vicepresidente jurídico o director de una unidad jurídica de empresas de orden nacional e internacional.
- Rama judicial: como juez, fiscal magistrado o auxiliar de justicia.
- En la administración pública como: embajador, cónsul, agregado diplomático.
- Representación de personas naturales y jurídicas.

- Trabajo con organismos multinacionales: en asuntos de integración, arbitraje.
- Cargos directivos en las fuerzas militares.
- Organismo de control: como procurador, contralor y defensor público.
- Investigador: en las diferentes áreas del Derecho.
- Informática jurídica: para el manejo de los temas relacionados con el mundo informático y virtual.

Ahora bien, frente al ejercicio de la abogacía a nivel internacional, se ha observado que los despachos de abogados han presentado una particular especialización frente a las áreas de trabajo que desarrollan. En este sentido, anota Bergoglio (2007), las prácticas profesionales de los grandes bufetes se concentran en todos los aspectos del derecho del empresario, derecho laboral, fiscal, administrativo y regulatorio.

En los países de tradición de derecho civil, las distintas funciones del abogado se pueden dar por auto identificación, así pueden denominarse jueces, notarios y funcionarios públicos; los que ejercen la labor de manera independiente, se denomina abogados. En el caso de Francia, la Ecole Nationale de la Magistrature se encarga de la formación de jueces y procuradores y la aceptación se da por un examen riguroso y no necesariamente se requiere ser abogado. En la concepción Alemana, se parte de una formación única que implica que al concluir los 5 años de estudios universitarios, se presente un examen para entrar a la segunda etapa consistente en el aprendizaje de la profesión del derecho en un contexto real, mediante un entrenamiento práctico, que se debe sustentar con un examen para poder ejercer la profesión. En Japón hay una carreta burocrática claramente definida al servicio del Estado en el ministerio público y los demás la ejercen de manera independiente.

Por el contrario, en los países de Common Law, la profesión legal se ve como una sola carrera, los jueces son elegidos de un grupo de abogados litigantes (Valdez, s.f.).

En el sentir anterior, Silva García (2001) enuncia un grupo de materias en las cuales es común encontrar la praxis jurídica a nivel internacional, entre tantas, encontramos la asesoría de empresas extranjeras como una opción bastante relevante, afirmando que:

Un selecto grupo de abogados expertos en derecho civil, comercial y administrativo actúan en tribunales de arbitramento resolviendo asuntos que involucran a importantes entidades del estado y a grandes empresas privadas, nacionales o extranjeras, muchas veces por cuantías multimillonarias (p. 135).

Los bufetes o firmas de abogados son el resultado de las redes complejas que las sociedades globales plantean y las exigencias que se generan cuando una empresa tiene sedes en múltiples sitios del mundo, generando la necesidad de contar con un grupo de abogados especializados, que puedan atender los requerimientos de las empresas en sus diferentes ámbitos de acción de operación.

Un ejemplo claro de la necesidad de especialización, hacia donde se debe dirigir el trabajo de aquellos profesionales en Derecho que busque la internacionalización, es el de aquellos que tienen como prospecto generar demanda de servicios en alguno de los países cuyo sistema jurídico sea de corte anglosajón. Esto, en virtud a que dichos países tienen un área de influencia jurídica que se inclina hacia materias que pueden distar en gran medida de aquellas que usualmente se trabajan en el país de origen. En los Estados Unidos, por ejemplo, para que un abogado pueda ser admitido en el ejercicio de la profesión, debe presentar un examen que usualmente es administrado por la junta estatal de examinadores del colegio de abogados que corresponda. Dicho examen, contiene como áreas de evaluación: contratos, delitos, derecho y procedimiento penal, derecho constitucional, evidencia y propiedad. Estas, se convierten entonces en aquellas áreas de especialización necesarias para un adecuado proceso de internacionalización en dichos estados.

Así las cosas, la operatividad de la profesión jurídica a nivel internacional muestra una clara parcialización hacia determinadas áreas del Derecho por trabajar, esto implica que el profesional deba incorporar en su oferta de servicios, el conocimiento y la praxis de aquellas materias que presenten mayor demanda en el país extranjero o lo que es igual, las áreas hacia donde debe concentrar su especialización.

En muchos lugares del mundo hay, además, una búsqueda de medios para satisfacer viejas necesidades inadvertidas y nuevas exigencias impuestas por las innovaciones en los sistemas de producción de bienes y servicios, por parte de diferentes sectores de la sociedad en que viven los abogados. El conocimiento de la semejanza esencial y la diversidad de características; la complejidad de los problemas y la variedad de soluciones, nos puede servir de guía en los caminos por los que va el derecho (Valdez, s.f., p. 340).

Multilingüismo

Si el multilingüismo es una herramienta básica para navegar dentro del mundo globalizado e interactuar eficientemente en ámbitos profesionales, nacionales e internacionales, este podría considerarse un factor prácticamente obligatorio para la internacionalización de los abogados. Las razones por las cuales el dominio de la lengua inglesa es importante dentro de los entornos profesionales del siglo XXI, son igualmente válidas para la profesión jurídica.

La importancia de la adopción del idioma inglés como segunda lengua en las facultades de Derecho comienza a sentirse cada vez con mayor fuerza, no solamente por la actual exigencia empresarial al momento de contratar profesionales, sino también por los parámetros de investigación establecidos recientemente por Colciencias.

En el mundo laboral, para tener acceso a determinados cargos, también el inglés se ha convertido en requisito fundamental, lo cual puede evidenciarse en las ofertas laborales actuales, en donde aproximadamente el 75% de los trabajos con perfil directivo exigen el dominio de la lengua de Shakespeare. Para el caso de las ofertas relacionadas con recién egresados, más del 50% de estas también piden su dominio, al igual que el 70% para puestos ejecutivos intermedios.

Partiendo de lo anterior, cada vez es más importante que tanto estudiantes como docentes de las diferentes instituciones de educación superior adquieran competencias equivalentes a estándares internacionales, que les permitan leer, hablar y escribir en inglés. Dicha exigencia se ha convertido en el estándar mundial en educación y empleabilidad, y su adopción es vista como una buena oportunidad que ofrece el entorno para un mayor crecimiento personal y profesional (Molina Betancur, 2015, para.1, 10,14)

Así las cosas, el inglés no solamente es el idioma oficial de Gran Bretaña y los territorios que hasta el siglo pasado fueron parte de su imperio colonial, como Australia, Nueva Zelanda, Canadá, algunas regiones de África, India y muchos países insulares, sino la segunda lengua comúnmente adoptada en Alemania, Noruega, Suecia, Dinamarca y los Países Bajos, estados europeos donde la educación superior, la investigación, el comercio internacional y la diplomacia, utilizan la lengua inglesa.

Los abogados defensores centrales para sus clientes, deben entenderse con éstos o sus contrapartes, alguna de las cuales habrá de requerir un idioma que brinde claridad contractual y sobreviva a las interpretaciones lingüísticas: por tanto, jurídicas domésticas. Como la mayoría de las situaciones jurídicas no son de un solo color, con una respuesta totalmente correcta u otra incorrecta, sino argumentables, se debe elegir la mejor respuesta de un abanico de opciones posibles y expresarla en una lengua franca. Un abogado que no pueda transmitir su posición correcta o la mejor opción disponible, será ineficaz.

La aprehensión y el manejo de una sola lengua no son suficientes, puesto que dependiendo del lugar en el cual se piense ejercer la profesión jurídica, debe plantearse el conocimiento de múltiples lenguas. Esta multiplicidad de lenguas en los servicios jurídicos, es una característica significativa del ejercicio de la abogacía, de acuerdo con María Inés Bergoglio (2007); para ella, “el inglés aparece como la lengua más usada, seguido de otras europeas como el francés, el alemán o el italiano” (p. 22), aunque nos habla de bufetes que ofrecen servicios especializados en árabe, ruso, chino mandarín o coreano.

Ahora bien, conforme a lo anotado anteriormente, se puede decir también que el inglés por su carácter de lengua universal, es clave para todo proceso de internacionalización.

El llamado inglés jurídico (*legal english*) es una de las muchas formas de inglés que se utiliza en la práctica legal. Se trata de un argot específicamente usado por los profesionales del derecho, tales como jueces, abogados, para legales, asistentes legales y fiscales. En este sentido, existen algunas diferencias entre inglés jurídico e inglés regular o estándar; por ejemplo, hay ciertas

terminologías que son diferentes o significan algo distinto en inglés británico y en inglés norteamericano. Esto podría conducir a confusión si un abogado latinoamericano está practicando la ley británica, pero ha aprendido la terminología legal de los Estados Unidos. En el marco de la globalización, donde una gran cantidad de abogados estudian derecho en un país, pero aplican sus habilidades aprendidas en otro, es importante poder comunicarse con precisión.

Operatividad geográfica

La propiedad sobre un despacho, o lo que es igual, el poseer una oficina de abogado, se convierte en un punto clave del ejercicio de la profesión jurídica, puesto que es el punto de encuentro más eficaz para concretar todo tipo de negocio jurídico, así como para adelantar cualquier tipo de acuerdo frente a la forma y cantidad del pago de honorarios del profesional en Derecho. Esto representa la posibilidad de mantener un contacto cercano con el cliente.

La cercanía con las personas para cuyos intereses se trabaja, es más que necesaria y genera en los clientes la sensación de compromiso con el trabajo que requieren y la posibilidad de mantener un contacto permanente. Esto se consigue de manera efectiva con el establecimiento de una oficina o lugar principal de trabajo, que no se debe pasar por alto y mucho menos descartar, cuando se poseen clientes en territorio extranjero. Tal como lo señala Bergoglio:

Asistir jurídicamente a clientes trasnacionales no requiere solo amplias competencias lingüísticas y de comunicación; demanda también contar con la posibilidad de operar en diversas localizaciones, tanto dentro como fuera del país sede (Bergoglio, 2007, p. 22).

Para muchos profesionales, el acompañamiento es la forma más fácil de internacionalizarse. Sin embargo, esto no implica realmente la internacionalización, puesto que estar internacionalizado supone igualmente tener oficina en al menos otro país.

Conclusión

La necesidad de desarrollar relaciones comerciales con empresas internacionales, ha generado que las oficinas de abogados tengan como opciones de búsqueda para sus procesos de selección de personal los bufetes y empresas transnacionales; buscan profesionales que hayan realizado procesos de especialización, que tengan conocimientos profundos sobre el derecho internacional y comparado, que manejen herramientas de orden tecnológico, que dominen uno o más idiomas; es incluso necesario, poder acceder a doble titulación y haber tenido experiencia en otros países, lo que le da la posibilidad de entender la cultura, el idioma y las leyes de otro país.

Referencias

- Aspis, A. (2010). Las TICs y el rol de la justicia en Latinoamérica. *Derecho y sociedad*, (35), 327-340. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/13311/13936>
- Bergoglio, M. I. (2007). Cambios en la profesión jurídica en América Latina. *Academia Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 5(10), 9-34. Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/10/cambios-en-la-profesion-juridica-en-america-latina.pdf
- Molina Betancur, C. M. (2015). La importancia del idioma inglés en las facultades de Derecho. Recuperado de http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140905-01la_importancia_del_idioma_ingles_en_las_facultades_de_derecho/noti-140905-01la_importancia_del_idioma_ingles_en_las_facultades_de_derecho.asp?Miga=1. 28 septiembre de 2015.
- Pérez Durán, M. (2012). Las TICs como innovación tecnológica en el mejoramiento institucional de los tribunales de protección del niño, niña y adolescente. *Negotium*, 8(23), 85-106. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78225158004>.

- Rodríguez Ávila, N. (2001). *Los abogados ante el siglo XXI*. (Tesis doctoral, Universidad de Barcelona). Recuperado de <http://core.ac.uk/download/pdf/16212520.pdf>
- Sepúlveda Londoño, N. R. (2010). El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 40(112), 123-142. Recuperado de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/download/1033/931>
- Silva García, G. (2001). *El mundo real de los abogados y de la justicia. Tomo I: La profesión jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Valdez, S. C. (s.f.). Sobre los abogados (base para un estudio comparativo). Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/24/pr/pr20.pdf>.



La movilidad laboral y estudiantil en la Alianza del Pacífico¹

*David Mauricio Pineda Arias*²

Resumen

La movilidad laboral y estudiantil es un proceso que ocurre como producto de la globalización y las crecientes necesidades de las empresas de contar con personal altamente calificado para trabajar en cualquier parte del mundo. La movilidad estudiantil y laboral en la Alianza del Pacífico es una oportunidad para que los ciudadanos de estos cuatro países Chile, Colombia, México, y Perú puedan acceder a mercados regionales, y es para los profesionales en derecho, una atractiva posibilidad laboral.

Palabras clave

Movilidad laboral, Movilidad estudiantil, Alianza del Pacífico

¹ Esta ponencia fue desarrollada para el Primer Congreso de Internacionalización de la Profesión Jurídica realizado en Manizales-Caldas, por la Fundación Universitaria Luis Amigó y es un avance derivado de las investigaciones para la Fundación Universitaria Luis Amigó, sede Manizales, sobre "Estado de la internacionalización de la profesión de abogado en Caldas en comparación con el resto del país y éste con los países de la Alianza del Pacífico".

² Estudiante de Derecho de la Fundación Universitaria Luis Amigó, Sede Manizales.

Summary

Labor and student mobility is a process that occurs as a result of globalization and the growing needs of companies for highly qualified people able to work worldwide. Student and labor mobility in the Pacific Alliance is an opportunity for citizens of these four countries to have access to regional markets and, for professionals in law, an attractive job opportunity.

Keywords

Labor mobility, Student mobility, Pacific Alliance

Introducción

La movilidad laboral de carácter internacional es denominada migración y es un reflejo del cambio socioeconómico en el entorno del migrante, que de una manera u otra, lo obligan a buscar nuevas oportunidades en un territorio diferente al suyo.

El movimiento migratorio, puede considerarse como un mecanismo de adecuación de la mano de obra a los requerimientos del mercado laboral; esto es, la relocalización de los trabajadores de las áreas o sectores de poca oferta de trabajo, hacia otras áreas donde exista una mayor demanda laboral, o bien el desplazamiento de zonas de salarios bajos a otras de altos niveles salariales (Fimbres Durazo & Ortega Villa, 2001, p. 12).

Las transformaciones que experimentan las sociedades actuales con el desarrollo de unas regiones, superior al de otras; las nuevas tecnologías; las exigencias de flexibilidad geográfica, determinada por la creciente necesidad de productividad y competitividad de las empresas; hace del mercado de trabajo un proceso flexible y esto, unido al mayor interés y capacidad de las nuevas generaciones de ser ciudadanos del mundo, sienta las bases para que cada vez exista mayor proceso de movilidad geográfica, laboral y educativa.

Sin lugar a dudas, la movilidad del talento humano es una de las tendencias que afecta a los países, debido a que la capacidad de producir conocimiento del país dada por los aprendizajes de sus habitantes se ve disminuida, cuando los que han adquirido mayores conocimientos deciden desplazarse a otras zonas.

Los perfiles de los profesionales que las empresas necesitan son cada vez más altos, así como las exigencias, entre las cuales se pueden contar el desplazamiento de personal, a las zonas del mundo que la empresa requiera para desarrollar su objeto social y ser competitiva.

Movilidad laboral y estudiantil en la Alianza del Pacífico

La Alianza del Pacífico nace en el 2011 con la Declaración de Lima, con el fin de generar un trabajo conjunto que permita la integración de los países miembros en pro de la libre circulación de bienes capitales y personas.

América Latina está en un periodo de crecimiento económico dinámico, donde la innovación y la tecnología son la clave para competir con otros mercados. En ocasiones, esto no se puede realizar de manera individual, por lo que la Alianza del Pacífico promueve la integración de las potencialidades de los países miembros, convirtiéndose en una herramienta para que compitan con el mundo.

Aunque a primera vista la Alianza del Pacífico podría parecer similar a los demás esfuerzos de integración regional en que ha venido participando Colombia, esta iniciativa tiene características especiales que le permitirían jugar un rol fundamental en la inserción internacional del país en este siglo (...). La Alianza puede contribuir de manera definitiva a profundizar la internacionalización de la economía colombiana, a fortalecer las exportaciones manufactureras y a diversificar los sectores receptores de inversión extranjera, elementos necesarios para que el país pueda mantener un crecimiento sostenido en el mediano plazo (...).

Si se tiene en cuenta que los países miembros tienen una población superior a los 200 millones de habitantes, su Producto Interno Bruto (PIB) supera los 1.700 millones de dólares, lo que representa alrededor de la tercera parte de la economía latinoamericana, y registran un ingreso por habitante promedio anual superior a los 10.000 dólares... las economías de estos países están entre las más dinámicas de la región en la actualidad y lo que es más importante, tienen bases sólidas para seguir sosteniendo ese dinamismo en el futuro (Reina, 2013, pp. 2-6).

La Alianza del Pacífico se constituye en excelente estrategia de integración, que atiende no solo las necesidades de integración de los países miembros, sino también las condiciones sociales, culturales y económicas que les son propias y que trabajadas en conjunto, permiten el desarrollo de las potencialidades de la región.

Dentro de la Alianza se han constituido varios grupos que trabajan facilitando los procesos de integración:

El Grupo de Movimiento de Personas: pretende facilitar el tránsito migratorio y la libre circulación de personas de negocios y estudiantes.

El Grupo de Servicios y Capitales: tiene como propósito la búsqueda del libre comercio de servicios y la libre circulación de capitales en los países miembros de la Alianza. A diferencia del comercio de bienes, los acuerdos bilaterales suscritos por los países miembros no han avanzado de manera significativa en la liberalización de los servicios.

El Grupo de Cooperación: se propone desarrollar un espacio de diálogo e intercambio de experiencias y políticas entre los países miembro, con el fin de identificar y desarrollar áreas de cooperación conjunta.

El Grupo de Compras Públicas: buscará ampliar los beneficios que hoy existen en esta materia en los acuerdos bilaterales vigentes entre las partes. Entre los objetivos deseables en este campo se encuentra la ampliación del conjunto de entidades públicas de cada una de las partes que ofrecen acceso a sus compras a las empresas de los demás países miembros, y establecer el uso de medios electrónicos y un punto único de acceso a toda la información (Reina, 2013, p. 11).

La Alianza del Pacífico juega un rol muy importante para Colombia en la búsqueda de integración regional y en la ampliación de relaciones bilaterales, que permitan incrementar el flujo de personas, bienes y capitales que contribuyen de manera efectiva al desarrollo social y económico del país.

Uno de los rasgos más importantes de la Alianza del Pacífico, es que no se trata de un mecanismo de integración excluyente, en el sentido en que no riñe con los acuerdos comerciales vigentes en América Latina, ni con aquellos que los países miembros hayan suscrito con países de fuera de la región. De hecho, uno de los propósitos de la Alianza, es profundizar la integración de las economías, de los países miembros a las cadenas globales de valor. Para tal fin, se pretende convertir el espacio productivo ampliado que se genera con el libre flujo de materias primas y factores productivos y con la acumulación extendida del origen, en una plataforma de exportación para aprovechar las preferencias derivadas de los acuerdos que cada una de las partes tiene con otros países (Reina, 2013, p. 9).

Entre las actividades de cooperación efectivas e innovadoras generadas por los acuerdos establecidos en la Alianza del Pacífico, se encuentra la libre movilidad, que permite que las personas de los diferentes países puedan acceder a formación y empleo en las naciones que conforman la Alianza; esto

ha llevado al desarrollo de convenios de intercambio entre las universidades de los países de la Alianza, para lograr que sus estudiantes puedan cursar semestres, realizar pasantías y desarrollar investigaciones conjuntas.

La libre circulación de personas mejora los niveles de competitividad de los países, porque al llegar profesionales calificados a fortalecer las industrias, se fortalecen también las empresas con las que trabajan.

En el proceso de facilitación del movimiento de personas, tanto para estudiar, trabajar, como para el turismo, desde el 2012 se obtuvo poder visitar los países miembros de la Alianza del Pacífico sin visa, así como se han logrado sustanciales avances en lo relacionado con las visas de negocios, las cuales ya se dan para Perú y están en negociación con México y Chile.

Se busca que en el futuro cercano, la Alianza avance hacia una completa movilidad laboral. Lo que facilitaría la exportación de servicios y la oferta de profesionales altamente calificados como los que se forman en Colombia.

En la sociedad del conocimiento, se ha generado la tendencia de que estudiantes, investigadores y personas relacionadas con la ciencia, tecnología e innovación, busquen mejorar sus condiciones a través de una formación de alto nivel, que les permita además establecer interrelaciones con pares académicos y la circulación de sus productos y resultados entre comunidades académicas, favoreciendo el aumento de la colaboración científica y la construcción de redes (...) trascienden el ámbito local y los impulsa a desarrollar su formación fuera de sus países de origen (...). La movilidad de estudiantes de postgrado e investigadores, se ha incrementado en los últimos años, esto debido al crecimiento de las economías haciendo de la internacionalización de la educación, un factor de movilidad laboral y educativa (...).

En la actualidad se evidencia un notable incremento de los flujos de movilidad internacional de estudiantes universitarios para la realización de estudios de posgrado en el extranjero. Según la organización para la Cooperación y el Desarrollo económico, OCDE (2008), la movilidad internacional del personal altamente cualificado entre 1995 y 2005 ha aumentado en 23%. Aproximadamente tres millones de estudiantes se encuentran matriculados en países diferentes a su lugar de residencia y de estos, 83% en países de la OCDE (The Global Competition for Talent. Mobility of the Highly Skilled, OCED, 2008) (Rincón Moreno, 2013, p. 283).

Esta tendencia forma parte de los procesos de internacionalización de la educación superior, que a su vez son impulsados por las políticas de ciencia y tecnología y los procesos de acreditación institucional de alta calidad de las universidades, quienes cada vez más buscan atraer el mejor talento humano en las áreas de investigación e innovación.

Esta movilidad también es promovida por los procesos de integración regional, acuerdos regionales, TLC, que buscan desarrollar procesos de integración económica, cultural, política, educativa y social (Rincón Moreno, 2013).

En materia de educación, la Alianza ha desarrollado diferentes estrategias; esto favorecido por los procesos de internacionalización de la educación y la creciente firma de convenios de las universidades colombianas con universidades de la región. En Chile, la Alianza cuenta con 33 universidades que facilitan el desarrollo de procesos de formación para los países miembros, en Colombia se cuenta con 50 universidades, México 46 y Perú 43.

La Alianza ha generado un programa de becas que permite que profesionales en diferentes áreas participen en intercambios académicos en los niveles de pregrado, doctorado, y en estancias académicas para docentes, que realicen investigaciones u orienten cátedras. Los requisitos incluyen:

- Ser ciudadanos, mexicanos, colombianos, peruanos y chilenos, según el caso.
- Estar matriculado en una universidad acreditada en el país de origen.
- Pertenecer a una universidad compatible con la beca y con los convenios vigentes que permitan la convalidación total del intercambio.
- Contar con un promedio mínimo en total equivalente a 5.0.
- Encontrarse en la mitad del pregrado.

La Alianza del Pacífico tiene objetivos específicos en torno a la creación de plataformas comerciales y relaciones entre los países. Por ello, las becas otorgadas también consideran intercambio de conocimientos en las siguientes áreas:

- Negocios.
- Finanzas.
- Comercio internacional.
- Administración pública.
- Ciencia política.
- Turismo.
- Economía.
- Relaciones internacionales.
- Medio ambiente y cambio climático. (Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann, 2013, pp. 6-7).

Así mismo, se incluyen programas de vacaciones y trabajo, por medio de los cuales se presentó la propuesta que permite a jóvenes entre los 18 y 30 años viajar a cualquiera de los países miembros de la Alianza para estudiar y a la vez trabajar. El programa busca que esta población se relacione con la cultura y forma de vida de los lugares que visitan.

En cuanto a las posibilidades de trabajo para los abogados en el marco de la Alianza del Pacífico, cada uno de los países que la conforman exige procesos de convalidación de títulos, pero después de haber generado dicho proceso, se puede solicitar visa de trabajo y desempeñarse como abogado litigante o formar parte de una firma de abogados, figuras muy comunes en los países que forman parte de la Alianza.

Ese es el caso de Baker & McKenzie (2014), firma que ha visto en la Alianza del Pacífico un espacio altamente receptivo para la realización de negocios, esto debido a que el incremento de las relaciones económicas y comerciales entre los países y las empresas y la complejidad de sus relaciones, se torna en un escenario propicio para el desarrollo de la profesión jurídica.

Baker & McKenzie es la única con presencia en cada uno de los países miembros de la Alianza del Pacífico, a través de una red de ocho oficinas cuyos abogados y empleados prestan servicios a los clientes. Los abogados de la firma son reconocidos por tener amplia experticia en la región y pertenecer a las comunidades jurídicas y económicas desde hace muchos años,

logrando establecer relaciones efectivas con los líderes comerciales, gubernamentales, las comunidades locales, las autoridades judiciales y sus colegas en el mercado de los servicios jurídicos (Baker & McKenzie, 2014).

Conclusión

Los procesos de integración de la Alianza del Pacífico amplían las posibilidades de movilidad tanto para cuestiones educativas como laborales, esto se ha venido reforzando por el establecimiento de empresas que tienen sedes en los países miembros y los mayores niveles de integración que se están dando en la región.

Referencias

- Baker & McKenzie. (2014). Alianza del Pacífico. Recuperado de http://www.bakermckenzie.com/files/Uploads/Documents/Latin%20America/br_la_pacificalliance_dec14_spanish.pdf
- Fimbres Durazo, N. & Ortega Villa, G. (2001). Inmigración y movilidad laboral de trabajadores mexicanos residentes legales en una ciudad fronteriza de Estados Unidos: Caléxico, California. *Estudios Fronterizos*, 2(3), 9-40. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=53020301>
- Reina, M. (2013). *Importancia de la Alianza del Pacífico para Colombia Procolombia*. Recuperado de www.tlc.gov.co/descargar.php?id=68655
- Rincón Moreno, M. (2013). Movilidad de doctores colombianos. Revisión del estado del arte frente a la internacionalización de la educación superior. *Criterio Libre*, 11(18), 279-304. Recuperado de <http://www.unilibre.edu.co/CriterioLibre/images/revistas/18/criterio-libre-12.pdf>
- Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann. (2013). Plataforma de movilidad estudiantil y académica de la Alianza del Pacífico. Recuperado de <http://www.unjbg.edu.pe/pdf/20130925-OCNI-BecasAlianzaPac%C3%ADfico.pdf>



La enseñanza del Derecho a la luz de la sentencia T-406/92

Alejandro Bedoya Ocampo
Mateo Gallego Orozco
Isabela Cañas Estrada
Juan José Aristizábal López
Camilo López
Camilo Jaramillo Burbano
Andrés Felipe Taborda Mesa
David Guillermo Patiño Serna
Santiago Castaño
Esteban Carreño Jurado
Carlos Alberto Agudelo Agudelo¹

Resumen

La enseñanza jurídica a partir de la sentencia T-406 del año de 1992, proporciona elementos doctrinarios y teóricos de cómo ha de ser visto el derecho dentro de un Estado Social. Además, la T-406 sirve como criterio de evaluación del “concepto de derecho” planteado desde la concepción del Estado Social de Derecho.

La ponencia aborda tres apartados; el primero es el Estado Social de Derecho y su relación con la enseñanza del Derecho. En el segundo apartado se habla de los Derechos Fundamentales y por último, se plantea el tema de la Pedagogía: Formalismo y Enseñanza del Derecho, cada uno en su relación con la sentencia y su utilidad para la enseñanza del Derecho.

¹ Semillero de Investigación: Poderes Públicos. Dr. Carlos Alberto Agudelo, Alejandro Bedoya Ocampo, Mateo Gallego Orozco, Isabela Cañas Estrada, Juan José Aristizábal López, Camilo López, Camilo Jaramillo Burbano, Andrés Felipe Taborda Mesa, David Guillermo Patiño Serna, Santiago Castaño, Esteban Carreño Jurado.

Palabras clave

Estado social de derecho, Sentencia T-406, Derechos fundamentales, Enseñanza, Pedagogía

Summary

The legal teaching gave new theoretical and doctrinal elements since 1992 with the T-406 judgment”; because “Law” had been recognized as a “Social State”. Furthermore this judgment has been used as judging criteria of the “Law concept” taken as “the Social rule of law”.

In addition, lecture is divided in three parts: the first one is the social rule of law and its relationship with the law teaching. The second one is about “Fundamental Rights”. And the last one is about: Pedagogy, Formalism and Legal teaching. In conclusion, all the elements have a direct relation with the Judgment and its utility to law teaching.

Keywords

“The Social rule of law”, T-406 judgment, Fundamental Rights, Teaching, Pedagogy.

Introducción

Con este escrito, se quiere instruir en el “arte” de la enseñanza jurídica a partir de la T-406 del año de 1992, ya que esta sentencia proporciona elementos doctrinarios y teóricos de cómo ha de ser visto el derecho dentro de un Estado Social. Además, la T-406 sirve como criterio de evaluación del “concepto de derecho” que se tenía antes de esta sentencia, ya que se puede inferir que esta postula con más énfasis la diferencia entre un concepto de derecho criteriológico, al estilo de Herbert Hart, con los postulados que ya desde Francois Géný (1899) en su libre investigación del derecho se habían planteado. Esta diferencia, con el fin de exponer un concepto de derecho desde la concepción del Estado Social de Derecho.

Es importante resaltar que la sentencia T-406 de 1992, junto a la crítica a la educación jurídica que hacen por ejemplo, Daniel Bonilla (2005) y Duncan Kennedy (2006), presenta algunas ideas sobre el tipo de educación recomendable en las facultades de Derecho que buscan preparar juristas. Esto significa una vinculación entre el articulado de los códigos, la práctica de los casos reales y la doctrina constitucional con orígenes en la filosofía del Derecho.

Con base en lo anterior, la ponencia consta de tres apartados, los cuales a su vez están divididos en subtítulos. En primer lugar, se habla del “Estado Social de Derecho y su relación con la enseñanza del Derecho”, tratando en primera instancia², “El Estado Social de Derecho observado a través de la evolución de algunos tipos de Estado”, en donde se trabajará inicialmente una concepción general de Monarquía. En segundo lugar, se describe de forma general la idea de Estado desde un punto de vista del Contractualismo. Luego se presenta el Estado de Derecho que tiene como características el positivismo jurídico, entendido como “imperio de la ley”; en este punto, también se trata la idea de la separación de poderes de Montesquieu. Por último, se hace una breve introducción a la concepción que se tiene del Estado Social de Derecho, que nos sirva como puente para definirlo desde la sentencia T-406/92.

² Respecto al concepto de instancia debe entenderse como las divisiones de cada subtítulo, es decir, la estructura se compone básicamente de apartados y subtítulos (los subtítulos deben ser tomados como instancia para proceder en el arte de la lectura).

El segundo subtítulo, lo hemos enfocado a las “Características propias del Estado Social de derecho según la T-406 del 92”, ya que en este punto se partirá de dos tesis centrales; la primera tesis nos habla del Estado de bienestar y la segunda tesis está dirigida a explicar grosso modo en qué consiste el Estado Constitucional Democrático; las dos nos sirven para delinear generalmente lo que significa el Estado Social De Derecho.

En tercera instancia quisimos abordar la relación que hay entre el Estado Social de Derecho y la Enseñanza del Derecho, denominando este subtítulo: “La función social en la enseñanza del derecho dentro del Estado Social de Derecho”. Este punto es importante tratarlo, ya que en el Estado Social de Derecho se ha encontrado un problema social según el cual tiene su “núcleo” en el acceso a la justicia, ya que en Colombia es difícil acceder a ésta y como una alternativa de solución se proponen las Clínicas Jurídicas de Interés Público.

En el último subtítulo del primer apartado se expone “La función pedagógica-jurídica de la T-406 del 92”, en donde la consecuencia lógica que se infiere de la enseñanza que deja esta sentencia es partir de la tesis de que propone ya de manera más directa un cambio de paradigma, de que los jueces deben fallar silogísticamente, e introduce de manera pedagógica que los jueces han de interpretar también de forma social.

En el segundo apartado se habla de “Los Derechos Fundamentales”, tratando en primera instancia, “El origen de los Derechos Fundamentales” por medio de los Derechos Humanos en la antigua Grecia. Después, se muestra el auge de los Derechos Naturales, cuando la Asamblea Francesa promulgó la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano. En segunda instancia, tratando “Los Debates en la Asamblea Nacional Constituyente” se presentan las relaciones de dichos debates con la educación, su importancia y la enseñanza del Derecho, y las posiciones de algunos constituyentes y sus debates con respecto al tema. En tercera instancia, se tratan “Los Derechos Fundamentales desde Luigi Ferrajoli y Duncan Kennedy”.

En el tercer apartado se habla de “La Pedagogía: Formalismo y Enseñanza del Derecho”, tratando en primera instancia, “Formalismo y Conocimiento Teórico”, en donde se presentan las críticas de Daniel Bonilla (2005) a la

enseñanza formalista y propone la solución de las Clínicas Jurídicas. En segunda instancia, tratando “Clases marginales y enseñanza a partir de casos”, en donde se muestra cómo Duncan Kennedy (2006) hace énfasis en dos problemas: 1) Clases marginales como filosofía del Derecho, y 2) Enseñanza a partir de casos fríos sin emisiones de juicios. En tercera instancia, tratando la “T-406/92 como modelo de enseñanza del Derecho”, se presentará la relación de la sentencia con estas teorías y su utilidad para la enseñanza del Derecho.

Del Estado Social de Derecho y su relación con la enseñanza del Derecho

El Estado Social de Derecho observado a través de la evolución de algunos tipos de Estados

Antes de abordar la idea global de Estado Social de Derecho que plantea la T-406 del 92, es necesario presentar la de Estado en algunos momentos históricos. Téngase en cuenta que el trabajo está enfocado en los tipos de estados más notables, es decir, el Estado Monárquico Absolutista, el Estado De Derecho y el Estado Social de Derecho. Es evidente que no sólo existen estos tipos, pero es necesario enfocarnos en aquellos en los que las características del Estado son más evidentes (véase Héller, 2004). Empecemos por intentar definir los modelos mencionados y sus características, con esto evitamos hacer una descripción histórica del Estado y se ofrecen las bases generales del Estado Social de Derecho.

Para iniciar, ofrecemos una idea general del Estado Monárquico y el Estado de Derecho para llegar a una concepción del Estado Social y Democrático de Derecho a partir de la T-406.

El principal argumento para determinar los primeros tipos de estados girar en torno a que el tipo de poder común implica el tipo de Estado. Cuando los individuos ceden partes de sus libertades individuales y las depositan en un poder común, quedan en manos de una sola persona; es decir, un monar-

ca. Se denomina a esta forma de organización como Estado Monárquico y es propio de la edad media. El problema en estos tipos de Estado radica en que el monarca posee todos los poderes públicos y a su vez puede convertirse en “juez de su propia causa” (Locke, 1689), ya que el monarca no es visto en esas comunidades como igual, debido a que su poder tiene un “origen divino”.

Las características de este tipo de Estado, según Elías Díaz (1998) en Estado de derecho y sociedad democrática, serían las siguientes: 1. No hay división de poder porque los poderes se encuentran recogidos en el monarca. 2. El poder del monarca es un poder “divino”, lo que implica que este tipo de Estado esté ligado con la religión. 3. Es un Estado que no consagra derechos sino privilegios, como se plasma en la carta magna. 4. Es un Estado que puede degenerar en tiranía puesto que el juez es una sola persona y esa sola persona puede ser juez de su propia causa. 5. El delito es visto como pecado.

Lo que se puede inferir de lo anterior, es que este poder común que se menciona no posee límites formales (es decir, una ley) ni límites materiales, es así como los individuos que hacen parte de ese Estado absolutista-monárquico se ven obligados a buscar la medicina para el mal que agobia al Estado, y es así como los individuos intentan buscar la justicia como medicina para su Estado. Esta justicia Roussoniana ha de engendrarse mediante el convenio entre el monarca y sus súbditos o a través de la fuerza; es decir, por medios violentos que emplean los súbditos a raíz de la injusticia en el Estado.

De cualquiera de las dos maneras que se utilice el convenio, los hombres parirán de ahí las **condiciones (leyes)** con que han de pactar dicho acuerdo (véase Beccaria, 1764). La consecuencia lógica de la anterior idea, es que de ahí nazcan las leyes, las cuales han de ser tomadas como un límite a la monarquía absoluta. Luego de este nuevo tipo de poder, el cual es constituido por el pacto de los hombres y el derecho, se dará origen al Estado de Derecho.

Ahora, debemos partir de la tesis según la cual habiendo superado ya el Estado Monárquico absolutista, debemos pasar a ofrecer una idea general del Estado propio de la ilustración. El argumento que va a servir como eje

de transmisión a la tesis girará en torno a las definiciones contractualistas (véase Hobbes, 1651, Rousseau, 1762, Locke, 1632, 1704 y Beccaria, 1764), que postulan que la idea de Estado ha de ser entendida como la forma de organización social propia del hombre, en donde este se reúne en sociedades o comunidades políticas, y donde el hombre por sí solo se ve imposibilitado para bastarse a él mismo. Por tal motivo, es en este punto en donde el hombre, por medio de un convenio, crea las condiciones (leyes) para poder acatar a un poder común.

El Estado de Derecho que se acaba de plantear es propio de los siglos XVI-XIX. Ahora bien, un hecho para demostrar las palabras puestas en el párrafo anterior es la Revolución Francesa, en donde se consagran los derechos y las libertades de las personas. Dentro de las características del Estado de Derecho, encontramos que es un Estado donde existe la división de poderes, pero también donde se consagran los derechos a los individuos y el delito es la vulneración del pacto social.

Después de haber visto superficialmente algo acerca del espíritu de la ley, podemos concluir que estos dos tipos de estados presentan problemas. El Estado monárquico puede presentar vicios o enfermedades como la tiranía y la injusticia. El Estado de Derecho está regido por la prevalencia de la ley, lo que implica que haya un “positivismo jurídico duro”; esto a su vez, puede interpretarse diciendo que dentro de este Estado no existen fines materiales, es decir, un fin que reafirme el derecho consagrado en la norma y que no solo se quede en esta.

Para solucionar estos problemas, el Estado de Derecho necesita de mecanismos efectivos y materiales para consagrar los derechos en la sociedad y que no se queden en algo abstracto o formal. Por ejemplo: ¿cuál podría ser la utilidad del derecho a la vida si no existen dentro del Estado clínicas u hospitales que ayuden al Estado a consagrar este derecho en la vida social y cotidiana? Es de ahí de donde nace el calificativo de lo “**Social**”, ya que el Estado debe ser aquello que garantice las condiciones sociales para cumplir la efectividad material del Estado Social de Derecho. Y desde este punto de vista, es que la enseñanza del Derecho empieza a cambiar.

Finalmente y en relación con lo anterior, ha de exponerse el concepto general e introductorio del Estado Social de Derecho según las ideas de Diego Valadés Ríos.

La definición de este concepto es importante debido a que es algo que no sólo se rezaga en el campo de lo abstracto; es decir, que no se utiliza como una simple muletilla retórica, sino que posee en su interior una carga ideológica -un estado social de derecho- que implica sujetar la actividad estatal a normas que garanticen:

- 1) El ejercicio de separación de funciones de los órganos del poder.
- 2) Ejercicio de la autoridad sobre las personas, conforme a las garantías de los derechos individuales y colectivos.
- 3) Respeto de los derechos y libertades individuales y colectivos.
- 4) Tutela de los grupos minoritarios y socio-económicamente débiles.
- 5) Desarrollo del pluralismo. (Valadés, s.f., p. 61).

Después de haber observado las características de los tipos de estados tratados y de establecer en qué difieren con respecto al Estado Social de Derecho, podemos plantear un enfoque acerca de cuál debe ser la definición posiblemente creíble, de lo que debe ser un Estado Social de Derecho, acorde con la sentencia T-406 del 92 y así ir acercándonos al concepto sobre la enseñanza del derecho.

Características propias del Estado Social de Derecho según la T-406 del 92

Continuaremos así, para dar luz al Estado Social de Derecho, usando como faro clarificador la misma Constitución Política de Colombia de 1991, a la Corte Constitucional y a la Sentencia T- 406, foco principal para dar instancia de su función y hacer coyuntura definitoria acerca del Estado Social de Derecho.

Constatando, se observará el artículo primero de nuestra Constitución Política de 1991:

Artículo 1: Colombia es Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Como punto de inicio y como esencia de la misma sentencia, es pertinente postular caracteres que da el artículo ya citado al Estado que adoptamos y a nuestra Constitución Política. En primera instancia, debe ser aclarado que nuestra Constitución no debe ser abierta a un análisis simple de texto. Cada una de sus proposiciones y palabras acarrear en sí una carga semántica que delimita su coherencia y alcance en un marco de contextualización nacional e internacional, para guiar lo que Constitución Política conlleva en sí misma. De este modo, la parte orgánica de la Carta Magna solo adquiere sentido de aplicación cuando esta es puesta a obrar a la luz de la parte dogmática.

Constatando la relevancia de lo ya dicho de la composición dogmática, subyacen así principios y valores constitucionales que dan trasfondo al mismo contenido orgánico, dando una finalidad a la relación del poder judicial con el legislativo y el ejecutivo. Iluminados por la sentencia, se dirá entonces que: los valores representan los fines y el fundamento de las demás normas jurídicas y de la organización política, con un carácter amplio de generalidad y textura abierta, especialmente dirigido hacia la visualización futura de dichos fines. Y que por sus mismas características guarda correspondencia especialmente al legislador. Los principios constitucionales consagran prescripciones jurídicas generales restringidas de espacio de interpretación, lo cual las caracterizará por ser de aplicación inmediata, con correspondencia tanto del legislador como del juez constitucional.

En relación con esto, existe entonces una diferencia coyuntural entre valores y principios, la cual no es de naturaleza normativa sino de grado y por ende, de eficacia. Es decir, los principios por su carácter específico de prescripciones jurídicas generales, conllevan una mayor eficacia y la capacidad

de ser aplicados de manera inmediata y directa; los valores comportan una eficacia indirecta: serán aplicables a partir de concretización y adecuaciones normativas a través de principios.

Con esta base, Colombia es organizada y definida en una transición de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho. Es este hecho el que da cabida a un pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto al alcance de tal concepto, a su interpretación y a su sentido dirigido. Comenzando por aclarar el valor del agregado concepto “social”, la sentencia insta que no hay lugar a entender tal término como una “muletilla retórica”, dando elegancia a la fórmula de Estado de Derecho. Por el contrario, la trascendencia de este concepto, tiene delimitación tajante en las coyunturales transformaciones de las democracias constitucionales a nivel mundial.

En transitoriedad como ya lo hemos dicho, el Estado Social de Derecho como concepto fundador de la organización sociopolítica en Colombia, se encuentra dentro de un marco de complementariedad mixta, a partir de dos perspectivas:

- **Cuantitativo–Estado de Bienestar:** desde esta perspectiva, el Estado se define como el garante de condiciones básicas y justas a sus ciudadanos, en torno a la idea de derecho.
- **Cualitativo–Estado Social Democrático:** desde esta visión, se funda la respuesta jurídico-política derivativa del intervencionismo estatal con base en la segunda y tercera generación de derechos humanos consagrando nuevos valores y derechos. Todo esto, manifestado en la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder, inspirador de la interpretación y funcionamiento de la organización política consagrada en principios y derechos fundamentales.

De la realidad al Derecho, en la sentencia es reconocido el hecho de que esta transición ha estado empapada de una transformación cuantitativa, referenciada en el aumento en la creación jurídica. Sin embargo, se reconoce con más fuerza un cambio cualitativo consagrado en una preocupación arraigada en la voluntad popular y la justicia material, así pretendiendo lograr soluciones con mayor enfoque específicamente en los hechos. Esto da

entonces una característica de relevancia al derecho constitucional y por ende, una fundada y amplia función al juez constitucional con la generalizada amplitud de los textos y los principios allí consagrados. De esta manera, es que se desvanece una fuerte importancia formal y material para favorecer la comunicación entre realidad y derecho.

Esto evidentemente está expreso en la complementariedad y en el fortalecimiento del poder judicial para controlar el desbordamiento del poder ejecutivo y la falta de iniciativa política del poder legislativo.

Instando en lo dicho, postulamos el carácter de la adherencia de la palabra “Social” y su carga semántica, respecto a la ilustración que conlleva dirigir un Estado y sus políticas en general al fortalecimiento de la comunicación entre realidad y derecho. Es evidente que la realidad supera al derecho y que el mismo derecho no provee las soluciones suficientes, por ende, este se complementa con criterios finalistas e instrumentos de solución concreta. Esto fácilmente demostrado a través del artículo 22 de nuestra Constitución Política de 1991: “**Artículo 22.** La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”.

Aunque formalmente se encuentra expreso, es evidente que en este contexto no se materializa y que para llegar a un fin de tal magnitud deben de existir mecanismos de solución, los cuales acarrean procesos íntegros de construcción jurídico-sociales de alto impacto para ser alcanzados.

Ahora bien, el Estado Social de Derecho compuesto por un Estado de Bienestar supone la garantía de mínimos básicos y justos para cada uno de sus ciudadanos, lo que en la realidad no se cumplen los mínimos básicos y justos, el objeto de tener un Estado Social Democrático, que busca garantizar mecanismos y espacios de participación, falla al momento de ser montado debido a no haber procesos íntegros que llevarsen la responsabilidad de socialización de la misma transición constitucional. Desde esta perspectiva, quisiéramos ver la función social en la enseñanza del Derecho, recordando que el proceso de transición constitucional se hizo con un afán de reconstrucción social, por la misma situación que vivió Colombia décadas atrás y que aún tiene réplicas. En este tono veamos el artículo 67 de nuestra Constitución Política:

Artículo 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social (...). La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia (...).

Adviértase entonces la responsabilidad estatal consagrada en ahondar en procesos de socialización y educación, que más que llevar centenares de estudiantes a la academia del Derecho, debería buscar generar como lo expresa Esteban Restrepo (2002), exitosas reformas por alcanzar los cambios sociales motivados en las mismas.

A consideración, podría decirse que aunque es necesario fortalecer la academia del Derecho, en el caso de Colombia, es aún más necesario llevar a la realidad el Derecho, con el fin de crear un mínimo de autonomía en el ciudadano como actor principal de lo que acarrea la carga semántica de la sigla “Social” en el mismo Estado Social de Derecho, esto con ansias de fortalecer el Estado Social Democrático y del mismo modo complementarse y generar eficacia en el Estado de Bienestar.

La función social en la enseñanza del Derecho dentro del Estado Social de Derecho

Debemos partir de una tesis mínima que responda ¿qué se entiende por la idea general de función social? por función social ha de entenderse aquella que cumplen las ciencias humanas con el fin de solucionar un problema dependiendo de las necesidades humanas. Cómo habíamos visto en el Estado Social de Derecho, para que sea un Estado justo debe primar lo siguiente: la garantía de unos mínimos básicos, la democracia constitucional, la igualdad ante la ley y el acceso a la justicia.

Respecto al acceso a la justicia, en un Estado Social de Derecho, este aspecto puede ser un problema de índole social, ya que el verdadero acceso a la justicia es complicado y más aún cuando hay una inflación en los litigios y los ciudadanos no poseen los recursos suficientes para acceder a la justicia por medio de un abogado; es aquí donde diversos métodos de solución entran a jugar un papel muy importante, pero enfocaremos especialmente nuestras fuerzas intelectuales en las Clínicas Jurídicas de Interés Público.

Lo que se entiende por clínica es básicamente un establecimiento en el que se proporciona un tratamiento frente a una determinada enfermedad; por ejemplo, ahora cuál es una de las enfermedades en el Estado Social de Derecho: el acceso a la justicia.

Luego, la consecuencia lógica de la anterior unidad de pensamiento radica en que la función de las Clínicas Jurídicas es de vital importancia para solucionar problemas sociales, tales como el “acceso a la justicia” y también para poder hacer una libre investigación del derecho, en donde el estudiante debe trabajar con casos reales. Además debe aclararse que gracias a uno de los instrumentos importantes de la enseñanza del Derecho, que son las clínicas, se ayuda a consolidar el Estado Social de Derecho.

La función pedagógica-jurídica de la T-406 del 92

La T-406 del 92 cumple una función pedagógica y jurídica, que pretende cambiar la perspectiva positivista de cómo se ha visto el Derecho antes de esta sentencia y antes de la constitución del 91; es decir, esta sentencia de manera pedagógica marca un precedente sobre cómo interpretar la ley. Por parte del positivismo jurídico se sabe que se falla a través del silogismo jurídico, pero esta sentencia propone no solo una interpretación textualista del contenido legal, sino también una interpretación social, que equivale a decir una interpretación de necesidades dentro del Estado Social de Derecho, en donde el juez, la tutela, la dogmática, las necesidades del Estado, las revisiones constitucionales y los principios son las bases para construir la verdadera democracia que hace a los Estados justos.

Con respecto a la interpretación social y tomando las ideas de François Gény (1899), se debe partir de la tesis en la cual se postula que la ley al no poder predecir todo, necesita de una interpretación y que esa interpretación en un Estado Social de Derecho debe ser una interpretación de necesidades (es decir, ya que la ley cuando se plantea debe tener fines sociales y económicos). De ahí se sigue que la postura de la interpretación jurídica debe estar marcada por garantizar el Estado Social de Derecho, y además el

derecho ha de ser visto con una postura sociológica. La T-406 del 92 enseña el cómo se ha de interpretar por parte del juez para garantizar el Estado Social de Derecho.

En conclusión, la T-406 del 92 reúne los criterios para evaluar no solo el concepto de Estado Social de Derecho, sino también el propio concepto de Derecho, ya que se pueden inferir las diferencias entre un concepto positivo y un concepto sociológico del derecho.

Los derechos fundamentales

Sobre este tema se analizan en primer lugar los debates que se dieron en la Asamblea Nacional Constituyente y las intervenciones más relevantes en estos. En segundo lugar se hace un recuento de los argumentos de los juristas Duncan Kennedy (2006) y Luigi Ferrajoli (2006) para dar claridad en el tema. Por último se repasan algunos conceptos e ideas que se desprenden de los derechos fundamentales según la sentencia T-406/92 y cómo la enseñanza del derecho debe ser vista teniendo presente esta concepción.

Origen de los derechos fundamentales

En esta parte realizamos un breve recuento histórico que nos ayuda a determinar el origen y el nacimiento de los Derechos Fundamentales, no sin antes referirnos al surgimiento de los Derechos Humanos, los cuales son la base de los Derechos Fundamentales.

Origen de los Derechos Humanos

En la antigua Grecia se dio la primera expresión de los derechos humanos como derechos naturales y existe un ejemplo clásico que los ilustra:

El de Antígona. Según Sófocles, cuando Creón le reprocha haber dado entierro a su hermano pese estarle prohibido, ella replica que ha actuado según las leyes no escritas e inmutables de los cielos (Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos, s.f., p. 1).

Este típico ejemplo histórico nos muestra claramente como los antiguos tenían ciertos derechos regulados por la costumbre y los dioses.

Los derechos naturales (derechos no escritos) tuvieron su decadencia a finales del siglo XVIII y del siglo XIX a causa de las fuertes críticas hechas por “Edmund Burke (quien) ridiculizó su abstracción y racionalismo; Jeremy Bentham, su oscurantismo y su indeterminación; Karl Marx, su estrecho vínculo con los intereses de clase que, no obstante las reivindicaciones aparentes de su teoría, hicieron de ellos un elemento antipático a la emancipación humana” (Douzinas, s.f.).

Después de pasar el auge de los derechos naturales en 1789, la Asamblea Francesa promulga la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, esta promulgación forma un hito en la historia del derecho, porque es allí en donde se empieza a hablar más concretamente de los derechos humanos.

Dos siglos después de esas primeras declaraciones, los derechos individuales se vuelven materia de otras convenciones y cuerpos legales que constituyen, hoy por hoy, un sistema jurídico general y universal de protección de los seres humanos en sus derechos básicos (Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos, s.f., p. 2).

Con base en lo anterior, aquí entran en escena los derechos humanos con el carácter de fundamentales, ya que se empiezan a estudiar los derechos que conciernen a cada persona como ser individual miembro de una colectividad, en donde los derechos individuales son aquellos que defienden la esencia y la integridad de la persona.

Los debates en la Asamblea Nacional Constituyente en Colombia

En este apartado se trata lo planteado en la Asamblea Nacional Constituyente y sus intervenciones más relevantes, hablando también sobre el derecho a la educación y la formación en el estudio del Derecho. Todo lo anterior, según la sentencia en estudio.

Relacionando lo planteado en la Asamblea Nacional Constituyente con el Derecho Fundamental a la Educación, hay que decir que teniendo en cuenta que éste no se encuentra ubicado en el capítulo de “Derechos Fundamentales” de la Constitución Política, sino en el de “Derechos Sociales, Económicos y Culturales”, la T-406/92 en su tercer capítulo referido a estos últimos expresa que son condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Ahora bien, que si se pretende otorgar la efectividad a los derechos de libertad e igualdad, sin el respeto de la dignidad humana (la cual hace parte de los Derechos Fundamentales), se reduciría a un mero formalismo.

Teniendo en cuenta lo anteriormente planteado, el artículo 67 de la Constitución Política plantea que la educación es un derecho de la persona y es además, la responsabilidad que tiene la familia de ésta y el Estado, su obligatoriedad y su gratuidad. Pero más allá de eso, hay que tener en cuenta que no todas las personas tienen acceso a la educación, ya sea por motivos económicos (muchas familias tienen a sus hijos sin estudiar, para que trabajen y así ayudar con el sustento familiar), por motivos delincuenciales (la persona que por cuenta propia decide dejar sus estudios, para dedicarse a otros “negocios”), o simplemente por vagancia (persona que ha querido dejar de estudiar porque simplemente no le gusta).

Tenemos en cuenta que la Asamblea Nacional Constituyente planteó que los derechos fundamentales tienen un alto grado de relevancia sobre los derechos individuales y para todo el aparato organizativo del Estado.

Ahora bien, el artículo 41 de la Constitución Política presenta la obligatoriedad que tiene la enseñanza de la Constitución para todas las personas, no solo en la enseñanza del Derecho, sino en todo tipo de educación. Plantea también que con dicha formación se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de principios y valores de la participación ciudadana. Con lo anterior, se quiere expresar la importancia que en la enseñanza del Derecho tiene la Constitución, puesto que es la norma de normas y prima sobre las demás leyes.

De ahí que sea la acción de tutela, haciendo un paréntesis corto, la encargada de velar por los Derechos Fundamentales de los ciudadanos y su protección, este mecanismo tiene la posibilidad de llegar hasta la Corte Constitucional como última instancia de un proceso. Por esto, según la Asamblea Nacional Constituyente, para determinar un Derecho Fundamental sobresalen dos partes:

La primera trata sobre el origen del concepto de Derecho Fundamental, la cual plantea que para establecer este concepto, se partió de los principios humanitarios, los cuales “se basan en el convencimiento de que nos incumbe la responsabilidad colectiva de respetar y defender los principios de la dignidad humana, la igualdad y la equidad en el plano mundial, como se afirma en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas. Estos ideales constituyen el marco de inspiración de la acción humanitaria” (Período de sesiones anual de la junta ejecutiva, 2004, p. 3).

La segunda alude al concepto de aplicación inmediata y su relación con los derechos fundamentales. Esta tesis plantea que hay unos derechos que no requieren la intervención de la norma legal para tener vigencia, y necesitan la utilización inmediata de los elementos pertinentes para su protección.

Según esto, la comisión encargada de la Asamblea Nacional Constituyente expuso que la Tutela aplicaría únicamente para aquellos derechos que se declararan con el carácter de aplicación inmediata, ejemplo: la vida, la integridad personal, la igualdad, la dignidad, etc.

De la anterior afirmación, se desprende una intervención del Dr. Álvaro Echeverry Uruburu (1992), quien manifestaba que la comisión cometió un error, ya que esta relacionó directamente los derechos de aplicación inmediata con la tutela como su mecanismo de protección; el Dr. Echeverry (1992) aclara que se deben establecer los derechos que van a ser protegidos por la tutela, ya que algunos pueden estar regulados por una ley estatutaria, y por ende, pueden tener otros mecanismos de protección, con esto la tutela pasaría a ser un recurso de última instancia.

Un gran número de constituyentes pensaba que la lista de los Derechos Fundamentales no podía ser precisa, en la sesión plenaria del 29 de junio, el Dr. Juan Carlos Esguerra (1992) realizó una intervención sobre el tema, en la cual planteaba que no se debía fijar una lista precisa de Derechos Fundamen-

tales, ya que se correría el riesgo de establecer como Derecho Fundamental un derecho que después puede perder esa característica u omitir alguno que mañana la puede adquirir. Concluyó diciendo que “la tarea de determinar un derecho fundamental debía ser del legislador y no del constituyente”.

La moción del Dr. Esguerra fue secundada por el constituyente Fernando Carrillo (1992), quien afirmó que la lista de Derechos Fundamentales debía ser muy flexible; el constituyente Otty Patiño (1992), agregó que era indispensable plasmar algunos Derechos Fundamentales en la Constitución.

El Dr. Esguerra, sobre la tarea del juez de determinar si un derecho es Fundamental o no, lo cual muestra una imprecisión, planteaba que el juez puede determinar también un Derecho Fundamental, ya que es más cercano al hecho. Entonces hasta el momento van tres personas facultadas para determinar si un derecho es fundamental o no, el constituyente, el legislador y el juez. Con base en lo anterior, reforcemos lo planteado en la T-406 de 1992 desde un discurso más teórico.

Los Derechos Fundamentales desde Luigi Ferrajoli y Duncan Kennedy

En este apartado se presentan las concepciones de Derecho Fundamental que tienen Ferrajoli (2006) y Kennedy (2006). Comencemos con Luigi Ferrajoli, en su artículo “Sobre los Derechos Fundamentales.”

Para el autor, es el Estado quien garantiza los Derechos Fundamentales, tanto en lo público, como en lo privado. Éste se pregunta cuáles son dichos derechos y como respuesta plantea que son los que están innatos en cada persona. Deben estar asegurados como Derechos Fundamentales, los derechos vitales, cuya garantía es condición necesaria para obtener la paz, están ligados a los derechos humanos (Ferrajoli, 2006).

Según el autor, son derechos fundamentales a nivel internacional, aquellos que están en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y en las demás convenciones sobre los Derechos Humanos, por ejemplo: libertad, igualdad, dignidad, etc. (Ferrajoli, 2006). Además, plantea tres criterios axiológicos como indicadores de dichos derechos:

- 1) Deben garantizarse como Derechos Fundamentales todos cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida, y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad (Ferrajoli, 2006).
- 2) La igualdad en los derechos es primordial para poder hablar de Derechos Fundamentales, ya que se garantiza igual valor a cada persona, sin importar su raza, orientación, religión, etc. Con ello el autor plantea que se busca acabar las desigualdades y hacer que los derechos encuentren el equilibrio entre las personas, socialmente hablando (entiéndase socialmente, como factores económicos, raciales, religiosos, etc.) (Ferrajoli, 2006).
- 3) Todos los Derechos Fundamentales, históricamente hablando, se han establecido en las constituciones como resultado de luchas y revoluciones; siempre han sido conquistados en defensa del más débil contra la ley del más fuerte (Ferrajoli, 2006).

Teniendo en cuenta la relevancia de los Derechos Fundamentales en nuestro orden normativo, y en el desarrollo de nuestra propia vida, se podría afirmar que aquellos derechos que tengan esa característica deben ser rígidos e inflexibles, debido a su importancia y a su misma finalidad. Por ejemplo, el Derecho Fundamental a la vida, que es inviolable bajo cualquier circunstancia y condición, no puede estar sujeto a interpretaciones o a excepciones porque se estaría presentando una contradicción fuerte entre los derechos del ordenamiento, generando una gran penumbra entre los derechos y el hombre, que no permitiría que se puedan comprender entre sí.

Dice el autor: “en ocasiones, los tribunales norteamericanos también han sostenido que la constitución protege los derechos fundamentales aun cuando no los promulgue explícitamente como derecho” (Kennedy, 2006, p.

54). De igual modo que en Estados Unidos, en nuestro ordenamiento la lista de Derechos Fundamentales nunca se cierra y cada día puede nacer uno nuevo, puesto que es difícil plasmarlos todos.

Un derecho social, económico, cultural, etc., puede tornarse Fundamental dependiendo de las circunstancias que lo rodeen, esto puede suponer una contradicción con lo dicho anteriormente sobre el carácter de rigurosidad de los Derechos Fundamentales, pero no lo es, porque dichas circunstancias son igualmente excepcionales y se relacionan directamente con la virtud de estos.

El proceso de creación de un Derecho Fundamental es muy flexible en cuanto a que cualquier derecho es susceptible de obtener ese carácter, pero las exigencias o requisitos para alcanzarlo son bastante minuciosas y muy complejas de satisfacer.

Un argumento muy válido y convincente que justifica la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, de dejar abierta la lista de Derechos Fundamentales, consiste en que el hombre tiene una tendencia a equivocarse constantemente, la falta y el error son algo innato para el hombre. Por esto pudo haber sido más que un acto de egoísmo, un acto de imprudencia si la Asamblea Nacional Constituyente creara una lista taxativa de Derechos Fundamentales. En cambio, con los requisitos que se establecieron para la determinación de un Derecho Fundamental, se puede decir que en la práctica más que el hombre, ciudadano, legislador etc., las condiciones y circunstancias son las que encaminan un derecho hacia su característica de fundamental.

Requisitos para establecer un Derecho Fundamental según la T-406/92

Ahora bien, después de conocidos los debates en la Asamblea Nacional Constituyente y las posturas referentes a los Derechos Fundamentales por parte de Duncan Kennedy y Luigi Ferrajoli, daremos lugar al concepto y manejo de estos derechos a la luz de lo consagrado por la Corte Constitucional en la sentencia T-406.

Como postulado inicial, la Corte Constitucional alude que unos derechos fundamentales tienen el carácter de aplicación inmediata y otros no. De allí entonces se deriva la eficacia de estos derechos, con respecto a la cual la Corte Constitucional concreta que es la responsabilidad de dicha eficacia se le debe otorgar al juez de manera prioritaria, no al legislador o a la administración estatal.

En función de su labor aclaratoria y hermenéutica, la Corte Constitucional busca mediante la presente sentencia abarcar el amplio concepto de derecho fundamental, el cual deriva en dos partes: primero aludiendo que los derechos fundamentales son de carácter objetivo. Por ello, clarifica que el aparato estatal no tiene sentido si no se entiende como un mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, la Corte en el concepto de derechos fundamentales abarca la existencia de la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a las autoridades públicas.

Como último postulado, la Corte Constitucional en su sentencia estipula los requisitos para que un derecho sea fundamental, los cuales son:

- Conexión directa con los principios.

Los principios constitucionales son la base sobre la cual se construye todo el sistema normativo, por lo tanto ninguna disposición, norma, ley, regla, institución etc., puede ir en contra de estos principios fundantes del aparato normativo y mucho menos lo pueden hacer los derechos fundamentales. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio.

- Eficacia directa.

Los derechos fundamentales no pueden tener una textura abierta -recuérdese aquí a Herbert Hart (2007) en el Concepto de Derecho-, sino que deben ser precisos, exactos y concretos. La eficacia directa es un requisito no solo para los derechos de aplicación inmediata, sino también para algunos derechos económicos, sociales y culturales, ya que estos pueden ser protegidos por medio de tutela siempre y cuando se viole, vulnere o afecte de manera directa un principio constitucional o uno o

varios derechos fundamentales. En este punto, puede tenerse presente el concepto de derechos sociales fundamentales según la tesis de Rodolfo Arango (2010).

- Contenido esencial.

Este requisito hace referencia al núcleo básico o primordial del derecho fundamental, es una manifestación del iusnaturalismo del siglo XVIII que dice que hay un catálogo de derechos sobre los cuales hay claridad en cuanto a su delimitación, titularidad, deberes y obligaciones que de él se desprenden, diferente de los derechos sociales, económicos y culturales que requieren de una intervención política para su delimitación. No obstante, la sentencia realiza unos criterios de distinción que son sumamente importantes y que se dividen en dos tipos: analíticos y facticos, veamos:

Analíticos

La consagración expresa. Hay algunos derechos fundamentales que están plasmados en la constitución, el carácter de fundamental no coincide con el de aplicación inmediata puesto que hay derechos de aplicación inmediata y otros de no aplicación inmediata (derechos sociales, económicos y culturales que afectan directamente un derecho fundamental). Esto cambia la forma de ver el derecho desde su enseñanza porque al ser conscientes que existen unos derechos que no dan espera para su protección y otros que pueden esperar la política pública del legislador, los profesores de derecho tendrían que observar las fuentes del derecho de una manera más amplia y no simplemente formal.

La remisión expresa. Es principal que el derecho internacional (tratados y convenios) sirven para interpretar los derechos fundamentales y éstos deben de estar reflejados en el derecho internacional. Un profesor de Derecho tendrá que tener en cuenta que el Bloque de Constitucionalidad deberá estar presente en sus exposiciones sobre la ley, porque sin este estudio comparado, sus tesis tendrán una visión muy reducida del Derecho.

La conexión directa con derechos expresamente consagrados. Como hay unos derechos fundamentales que no aparecen expresamente en la Constitución, estos necesitan de los que sí están consagrados en la Carta Magna para fundamentarse o justificarse, es así como los derechos fundamentales expresamente consagrados sirven como soporte a los otros. Así que el profesor de Derecho se debate entre el iusnaturalismo o una tesis más constitucional del derecho, que sobre una tesis formalista del mismo.

El carácter de derecho inherente a la persona. En algunos casos, el establecimiento de un derecho fundamental no depende tanto del reconocimiento expreso en la Constitución Política, de la consideración del legislador, del juez, o por cualquier otro requisito, solamente basta con que este derecho sea inherente a la persona, sea innato, que lo tenga por el mero hecho de existir. En la nueva enseñanza del Derecho es muy difícil descartar aquellas corrientes que explican que el viejo esquema del Estado de Derecho ya fue superado, en donde el centro de ese universo jurídico era la ley. Ahora en el Estado Social de Derecho, el centro del orden jurídico es la persona, y según la tesis principalística, todas las leyes deben estar fundadas en la protección de la dignidad humana.

Fácticos

Importancia del hecho. Hay dos elementos relevantes con los cuales el juez debe contar para realizar una interpretación sobre un derecho para establecerlo como fundamental, los dos elementos son **la norma y el hecho**, pero el juez debe tener en cuenta unos criterios o parámetros económicos para su decisión. En este punto es crucial en la enseñanza del Derecho tener presente las tesis realistas del Derecho que se dieron con Holmes, Cardozo, Frank, Levi etc., pero también las tesis realistas escandinavas con Olivecrona y Hägerström. Con estas, la enseñanza del Derecho se torna más realista y menos formalista.

Carácter histórico. El carácter de fundamental tiene gran influencia por parte de la sociedad, la costumbre o convicción de la comunidad. Aquí será importante volver a las discusiones sobre Savigny y Jhering en Alemania en

donde el estudio histórico del derecho será importante desde la reconstrucción de los romanos hasta llegar a un derecho más práctico que se adapta a las necesidades sociales como lo promulgaban Portalis y Gényn en Francia, y posteriormente Arturo Valencia Zea en Colombia.

Esa relación establecida por parte de la Corte Constitucional entre los derechos fundamentales de aplicación inmediata y los que no son de aplicación inmediata se considera s como un tema de gran trascendencia. Por ello, mediante la sentencia en estudio, también la Corte hace alusión a lo significativo de tener clara la relación entre los derechos sociales, económicos y culturales y los derechos fundamentales, y su adecuada interpretación para los textos constitucionales.

Esto nos deja una gran muestra de la importancia de la labor interpretativa por parte de los jueces ante la justicia, pues como muy bien lo dice la Corte Constitucional, de nada sirve una buena lista de derechos si no se tiene en cuenta el proceso de aplicación.

Este ejercicio realizado por la Corte debe ser considerado como un pilar en el área jurídica nacional, tanto en su función de aplicación de justicia como en la función académica en las facultades de derecho. Es entonces la Corte Constitucional, mediante la sentencia T-406, una clara muestra de enseñanza jurídica e interpretativa de lo fundamental que es conocer el alma y forma de aplicación de los derechos y no propiamente su ubicación en el marco constitucional. Además, porque esta sentencia crea una línea jurisprudencial muy importante en materia de Estado Social de Derecho y del lenguaje jurídico de los mismos para poner en práctica en la nueva enseñanza del derecho.

A partir de estos postulados constitucionales y la muestra interpretativa, debería ser masivamente éste el lineamiento en la educación jurídica, pues no puede existir entonces un mejor modelo para la formación en las facultades de derecho que el ejercicio que realiza la Corte en la presente sentencia, dejándonos claro que la esencia de la labor jurídica no se encuentra en los lineamientos formalistas, sino en los interpretativos y de distinción. Terminemos con un último bosquejo de interpretación desde las Clínicas

Jurídicas y su enseñanza, además de la posición norteamericana de Duncan Kennedy, con esto tendremos un contexto de interpretación con la T-406 de 1992.

La pedagogía: formalismo y enseñanza del Derecho

Hasta el momento se han repasado los elementos conceptuales que presenta la sentencia T-406/92 respecto al Estado Social de Derecho y a los Derechos Fundamentales. A continuación se exponen algunas teorías de pedagogía del Derecho y la relación que estas tienen con la sentencia. Primero, se presentan las críticas que hace Daniel Bonilla (2005) a la enseñanza formalista que se imparte en las facultades de Derecho en Latinoamérica, todo por el modelo de clase magistral que genera incompetencia práctica en el estudiante. En segundo lugar, se exponen los argumentos de Duncan Kennedy (2004) sobre la educación legal y cómo esta falla al preparar a los estudiantes en ámbitos socio-políticos y prácticos. Por último, se hace una relación de la T-406/92 con estas teorías.

Las críticas de Daniel Bonilla respecto al formalismo y conocimiento teórico

A raíz del fuerte formalismo que se presenta en las facultades de Derecho, Daniel Bonilla (2005) hace una crítica a la enseñanza del Derecho y propone como solución las Clínicas Jurídicas, que no sólo aportan al conocimiento práctico del estudiante, sino que luchan contra el formalismo jurídico. Para explicar lo anterior, en primer lugar se muestran los principales argumentos de la crítica que realiza el autor. En segundo lugar, se explican los dos modelos de Clínicas Jurídicas que él propone para luchar contra el formalismo jurídico.

El profesor Bonilla identifica dos grandes problemas en la enseñanza del Derecho, ambos derivados de la fuerte presencia del formalismo jurídico. Respecto al primer problema, el autor sostiene que las clases carecen de un elemento participativo ya que éstas, en el modelo formalista de enseñanza,

consisten en el profesor limitado a ser un “intérprete del código”, simplemente leyéndolo y haciendo comentarios breves sobre algunos artículos, y los estudiantes simplemente mantienen una posición pasiva y no participan.

De esta pasividad de los estudiantes y el carácter magistral de la clase, se deriva un segundo problema aún más serio: la incompetencia de los estudiantes respecto a la práctica, pues ellos reciben una educación completamente formalista, enfocada simplemente en la entrega de los artículos, sin ninguna conexión con la realidad. Para ejemplificar esto, el autor sostiene que los estudiantes no aprenden a hacer una tutela o un derecho de petición hasta que se encuentran en el ámbito laboral.

Ante estos dos problemas, el segundo claramente derivado del primero, el profesor Bonilla (2005) propone una solución: las Clínicas Jurídicas, encaminadas a afianzar el conocimiento práctico del estudiante y a consolidar el Estado Social de Derecho, gracias a su enfoque progresista. El autor propone dos modelos de clínicas, cada una con un enfoque diferente: las Clínicas de Acceso a la Justicia (CAJ) y las Clínicas de Cambio Social Estructural (CCSE).

La Clínica de Acceso a la Justicia tiene un enfoque mucho más individual y logra los objetivos de dichas prácticas. Dicho proyecto busca facilitar la administración de justicia para las personas de escasos recursos o que, por otras condiciones, no cuenten con los medios necesarios para recibir asesorías jurídicas que los ayuden a solucionar sus situaciones. A estas Clínicas se les da el nombre de Consultorio Jurídico, en donde el estudiante puede interactuar y compartir su conocimiento, practicando y ayudando al ciudadano. El fácil acceso a la justicia impartido por estudiantes logra luchas contra el formalismo, con el fin de cambiar el método de aprendizaje magistral por un práctico.

El segundo modelo, la Clínica de Cambio Social Estructural, está conformada por estudiantes interesados en temas específicos y busca un impacto social en las comunidades, dando solución a las problemáticas por medio de tres aspectos:

- 1) *Litigio de alto impacto*: entendiéndose como un servicio social que busca cambiar la mentalidad de las sociedades de manera masiva.
- 2) *Asesoría legislativa*: similar al consultorio jurídico, busca asesorar las personas en el litigio y además acompañarlas a juicio.
- 3) *Labores de pedagogía jurídica*: busca que el estudiante asesore ya no solamente al ciudadano en sus problemas individuales, sino también dar cátedra a reos, cuya objetividad es de gran utilidad para ambas partes, pues ayuda a los estudiantes a afianzar conocimiento y al mismo tiempo contribuye a mejorar la situación de los segundos.

En conclusión, gracias a la solución que aporta a la problemática, las propuestas de Bonilla están orientadas a dos objetivos. El primero es desmantelar las estructuras de enseñanza formalista que consisten en la simple aprehensión del articulado legal basado en clases puramente magistrales y con poca participación del estudiante. El segundo es que mediante un proceso pedagógico interactivo se prepare al estudiante en la práctica y se alivien las necesidades de las personas que no pueden acceder a una administración de justicia digna, reafirmando el Estado Social de Derecho. Ahora pasemos a Kennedy.

Clases marginales y enseñanza a partir de casos

Duncan Kennedy (2004) denuncia en su texto la mala labor que se está desempeñando en la enseñanza jurídica desde dos aspectos: la jerarquización que se presenta entre los estudiantes respecto a sí mismos, los docentes y el personal administrativo; y la preparación de los estudiantes. Respecto al primero, se tratan los conflictos raciales y sexuales de finales del siglo XX, los cuales no se tendrán en cuenta.

Ahora bien, refiriéndose al segundo aspecto, hay tres puntos principales a resaltar: la educación magistral basada en los artículos simplemente. En segundo lugar, el uso de “casos fríos” para la enseñanza, sin emisión de juicios políticos o morales. Y en último lugar, la configuración del pénsum, es decir, las materias “marginales” como historia o filosofía del Derecho. To-

dos estos aspectos contribuyen a una educación de carácter formalista que eventualmente actúa en detrimento de la vida profesional del estudiante. Ahora se pasará a explicar el primer aspecto.

La educación magistral basada en los artículos trata de entregar algunas técnicas al estudiante para descubrir vacíos de conocimiento y enseñar a tener ciertas tendencias hacia normas específicas. El problema es que se hace una distinción radical del aprendizaje y la práctica profesional y el estudiante no aprende nada respecto a la última, así queda relegado a ser un simple aprendiz, sin manera de entender cómo aplicar su conocimiento en el ejercicio de la abogacía hasta el momento de graduarse (Kennedy, 1990, p. 125).

Al respecto, vale la pena preguntarse si la configuración del p^énsum en las universidades falla estrepitosamente en este aspecto, pues las materias procedimentales empiezan a tomarlas los estudiantes a partir de la segunda mitad de la carrera, lo que significa que durante al menos dos años han estado aprehendiendo artículos sin la menor idea de cómo realmente aplicarlos en un caso real, manteniéndose alejados de toda práctica jurídica.

En segundo lugar se llama la atención sobre la enseñanza basada en casos. Kennedy (2004) sostiene que en el primer año de enseñanza jurídica se trabaja simplemente sobre los “casos fríos”, es decir, aquellos que no tienen ninguna implicación política ni necesitan la emisión de juicios de valor, simplemente se encargan de demostrar qué decisión se tomó, a la luz de cuáles artículos y los antecedentes. Estos casos no aportan al conocimiento, pues son básicos, aburridos y no desarrollan completamente la estructura legislativa o los procesos de justificación judicial.

Poco a poco nos expone la realidad jurídica y cómo sobrellevarla, desde ahora todo debe ser fundamentado con argumentos válidos y

recursos intelectuales, tales como el conocimiento del sistema jurídico y de las características del razonamiento jurídico, ya que una respuesta emocional frente a los hechos de un caso sólo lleva al aislamiento y a la impotencia (Kennedy, 1990, p. 123).

Por otra parte, están los “casos calientes” que son usualmente evitados por los profesores, pues en éstos es posible el debate, la emisión de juicios de valor y el replanteamiento de la decisión judicial. El ejemplo más sencillo consiste en la demanda de una familia campesina contra una empresa carbonífera, en la que el juez decide que se debe pagar una indemnización monetaria, pero varios estudiantes argumentarán que podrían restituir la tierra y así se presentan mil soluciones más, variando de estudiante en estudiante, y complicando la tarea al profesor, además porque los estudiantes tendrán todos una opinión diferente, creando un sentimiento general de oposición a la jerarquía (Kennedy, 1990, pp. 122-123).

Por último, tenemos la cuestión de las materias “marginales” que en realidad a nadie le interesan, pues consisten en un elemento adicional en el escalafón para convertirse en abogado, o en materias diferentes o recreativas. De hecho, los “casos calientes” se remiten a estas materias pues en ellas sí hay espacio para argumentación y, si es necesario, la desviación a construcciones teóricas mayores al código. Estas materias no se consideran importantes para la formación en los futuros abogados pero se tienen para complementar la parte del derecho, ya no como profesión sino como ciencia (Kennedy, 1990, p. 127).

Aquí es importante hacer hincapié y pensar en las facultades de derecho y el enfoque que éstas buscan ¿Formar abogados? ¿O profesionales en la ciencia del Derecho? Si lo que se quiere es lo primero, las materias “marginales” serán de poca importancia y simplemente serán un añadido al honorable trabajo de ser un abogado. Pero si lo que se busca es formar científicos del derecho, o tal vez juristas, estas materias son indispensables pues el derecho no se limita a un ejercicio práctico de abogacía, sino que tiene construcciones teóricas y filosóficas que lo constituyen como ciencia y como una rama necesaria del conocimiento humano.

Su opinión acerca del sistema de enseñanza es muy tácita al momento de exponer sus ideas con respecto a que un sistema racional pondría más énfasis en la manera de aprender derecho antes que normas, y habilidades antes que respuestas de exámenes. Si bien entendemos que la facultad de derecho nos ilustra con varios instrumentos de juicio tales como el ranking de estudiantes y la aprobación de los profesores, estos mismos son los responsables

de la alteración de pensamientos de estudiantes de izquierda, quienes por el ambiente presente y albergado concluyen estando reprimidos y forzados a adaptarse a una nueva forma de pensar “realista”, al sentirse humillados al descubrir los límites de su compromiso y la inestabilidad de las actitudes que antes creían fundamentales.

Entonces, en el texto de Duncan Kennedy podemos encontrar relación con Bonilla al oponerse a la estructura formalista de limitación al código y en la necesidad de extender la enseñanza a un ámbito práctico en la abogacía. Pero Kennedy también enfatiza en el problema que significa para la ciencia del derecho que se marginen materias de corte doctrinario. Y ¿qué tiene que ver esto con la T-406 de 1992? Veamos.

T-406/92 como método de enseñanza del derecho

Parece ahora sorprendente cómo es posible pasar de construcciones puramente teóricas en el ámbito pedagógico a una de las sentencias más importantes en el desarrollo constitucional, pero permítasenos ahora justificarlo. En primer lugar porque presenta elementos teóricos como el Estado Social de Derecho y los Derechos Fundamentales. Segundo, pues tiene una alta fundamentación doctrinaria con citas de varios autores, y tercero, todo está fundamentado en una acción de tutela, lo que denota su carácter práctico.

Respecto al primer aspecto, los desarrollos teóricos, como se ha mencionado antes, con el tratamiento conceptual del Estado Social de Derecho, los Derechos Fundamentales e incluso los Principios, la sentencia utiliza hábilmente un caso concreto de tutela para demostrar la existencia real del ESD y para explicar la situación de los Derechos Fundamentales en Colombia. Esto significa en últimas una comunión de la teoría con la práctica.

También es importante resaltar que, mediante los criterios de distinción para decidir si un derecho es fundamental o no, la sentencia hace un ejercicio de pedagogía enseñándole al juez cómo debe fallar o tratar ciertos derechos. Aquí, por medio de una metodología que se introduce en una sentencia, se justifican a partir de un caso los elementos teóricos que más adelante servirán para el juez fallar.

Segundo, y en conexión con las materias “marginales”, podemos encontrar a lo largo de la sentencia elementos y aportes de doctrinarios, con respecto a la Filosofía del Derecho, desarrollo histórico del Estado Social de Derecho, Teoría General del Estado, y construcciones propias de principios, en materias como Historia o Introducción al Derecho, todo en el marco de una pedagogía judicial que hace la Corte Constitucional para lograr aproximarse a los conceptos propuestos en la Constitución, y en la que cita a autores como Roland Dworkin, Herbert Hart, Alexander Bickel, entre otros.

Esto nos obliga a preguntarnos, si en serio debería tratarse aquellas materias como marginales, o si a la luz de vasta aplicación en la justificación de decisiones judiciales, debería hacerse hincapié en ellas detenidamente para entregar al estudiante bases teóricas que lo conviertan más que en un abogado, en un jurista. En un proceso de reforma al pénsum deben tenerse en cuenta estas clases como fundamentales para la construcción de un conocimiento integral del Derecho. También nos plantea una pregunta reflexiva ¿Son realmente materias marginales? ¿O no son aplicables en las bajas instancias, pues están restringidas a las altas cortes y los ámbitos más especiales del Derecho? Depende, de hecho, en qué ámbito se están formando los estudiantes.

En tercer y último lugar, el hecho de que todo este aparato conceptual y filosófico se desprenda de una acción de tutela no hace más que demostrar que: 1) La Teoría del derecho es importante y tiene aplicación en los ámbitos más altos de derecho, como los Tribunales y 2) Que la enseñanza del Derecho necesita siempre de aspectos prácticos para el afianzamiento de conceptos, por lo que proponer una enseñanza de la teoría separada de la práctica es actuar en detrimento de una comprensión más alta del Derecho como profesión y como ciencia.

Conclusión

En conclusión, la Sentencia T-406 de 1992 expresa el tipo de educación necesaria en las facultades actuales que busquen preparar juristas, pues significa una comunión de la teoría de los códigos, la práctica de los casos reales y la doctrina de la filosofía.

Referencias

Arango, R.R (2010). Justiciabilidad del derecho a la salud En el derecho comparado de Argentina y Colombia. (Tesis de maestría). Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/2963/1/696625.2010.pdf>

Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos. (s.f.). Origen de los derechos humanos. Recuperado de http://fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/docs/Punto%202%20Articulos%20y%20Documentos%20de%20referencia/2.2%20HISTORIA%20Y%20DECLARACIONES/2.2.1%20origen%20y%20evolucion%20oddh_Origen%20de%20los%20Derechos%20Humanos_ALDHU.pdf .

Beccaria, C. (1764). Trato de los delitos y de las penas. Recuperado de http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080097388/1080097388_MA.PDF

Bonilla, D. (2005). El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica. Bogotá: Seminario Internacional La Enseñanza del Derecho.

Constitución Política de Colombia. (1991). Artículos 1, 22, 67, [Título I, II]. 2da Ed. Legis

Corte constitucional, Sala primera de revisión. (5 junio 1992). Sentencia T-406/92. [MP Ciro Angarita Baron].

- Díaz, E. (1998). Estado de Derecho y Democracia. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831255.pdf>
- Douzinas, C. (s.f.). El triunfo de los derechos humanos. Recuperado de <http://e.exam-10.com/pravo/17234/index.html?page=9>
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los Derechos Fundamentales. *Cuestiones constitucionales*, (15), 113-136. Recuperado de. <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>
- Gény, F. (1899). Método de Interpretación y Fuentes en el Derecho Positivo – Ensayo Crítico, Prefacio de Raymond Saleilles.
- Héller, H. (2004). *Teoría del Estado*. España Editorial Comares.
- Fuertes, C. P. (2007). Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart. Anuario de derechos nueva epoca. (8), (131-186) recuperado de <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/AND-H0707110131A/20754>
- Hobbes, T. (1651). Leviatán. Recuperado de <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWVpbnxjZXNhcmJhcmlJvc2FzZWd1cmF8Z3g6M2E1NWMyYzZiZGY1NDJkOA>
- Kennedy, D. (2006). La Crítica de los Derechos en los Critical Legal Studies. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (1), 47-90. Recuperado de <http://duncankennedy.net/documents/La%20critica%20de%20los%20derechos%20en%20cls.pdf>
- Kennedy, D. (2004). La educación legal como preparación para las jerarquías. *Academia*, (3), 117-147. Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/03/la-educacion-legal-como-preparacion-para-la-jerarquia.pdf
- Locke, J. (1689). *Segundo tratado del Gobierno Civil*. Alianza Editorial. Recuperado de http://cinhistoria.com/locke_segundo_tratado_sobre_el_gobierno_civil.pdf

Período de Sesiones Anual de la Junta Ejecutiva. (2004). Principios humanitarios. Programa Mundial de Alimentos. Recuperado de <http://documents.wfp.org/stellent/groups/public/documents/eb/wfp030146.pdf>

Restrepo, Esteban, “Reforma Constitucional y Progreso Social: La “Constitucionalización de la Vida Cotidiana” en Colombia” (2002). SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 14. http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/14

Rousseau, J.J. (1762). El contrato social o principios de derecho político. Recuperado de <http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf>

Valadés, D. (s.f.). El Estado Social *de Derecho*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/994/7.pdf>



Libre circulación de trabajadores de la Unión Europea. Perspectiva para el MERCOSUR

Estefanía Echeverri Suárez¹

Resumen

Este texto busca realizar una revisión acerca de la movilidad laboral a través del proceso de construcción europeo, como uno de los mejores ejemplos de integración regional y del MERCOSUR, en su camino de consolidación. Para este propósito se esboza la evolución histórica de ambos modelos de integración, al igual que sus avances normativos.

El presente se divide en tres secciones. Un primer momento dedicado a señalar los aspectos característicos de lo que se conoce como integración regional. Un segundo momento está enfocado en la construcción y deconstrucción de la Unión Europea, así como las funciones y competencias en materia de libre circulación de trabajadores. En tercer lugar, se desarrolla el tema de la movilidad laboral en el MERCOSUR, tanto desde un punto de vista evolutivo como de comparación y contraste con respecto a la Unión Europea. Finalmente, en las conclusiones, se establece la importancia del contexto social, económico y político en la creación de espacios de integración y su influencia en el auge de las migraciones laborales, así como los puntos débiles del proyecto de libre circulación laboral de MERCOSUR y la construcción europea.

Palabras clave

Libre circulación de trabajadores, Unión Europea, MERCOSUR, Integración.

¹ Estudiante Universidad Autónoma de Manizales. Facultad de Estudios Sociales y Empresariales.

Summary

The following paper “free movement of workers”, A perspective for MERCOSUR” makes a study about labor mobility throughout the European construction process, as one of the best examples of regional integration and of MERCOSUR in his way of consolidating the matter. For this purpose, a reference of both institutions will be made, in order to learn their historical and legal evolution.

The paper consists of an introduction, key words and is divided in three sections. A first one, dedicated to point out the relevant aspects of what is known by regional integration. The second one, that studies to the construction and deconstruction of the European Union, also their functions and competences in terms of free movement of workers. In the third place, the theme of free movement of workers is developed in the MERCOSUR context, from the perspective of evolution as well as the perspective of compare and contrast with European Union. Finally, there is a space for conclusions, in which the importance of the political, economical and cultural context is evidenced in regard of the free movement of workers, as well as the weak spots that the project of free movement of workers of MERCOSUR and European Union.

Keywords

Free movement of workers, European Union, Mercosur, Integration.

Introducción

La libre circulación de trabajadores y mano de obra se forja como uno de los temas de mayor importancia relativo a los procesos de integración regional, el cual necesita ser estudiado y más aún proyectado a una realidad inminente de transnacionalización estatal, que desdibuja la concepción tradicional de soberanía absoluta del Estado, hoy supeditada a injerencias externas manifestadas en las decisiones internas de los países, aplicables al campo socio-laboral.

En virtud de lo anterior, el presente texto tiene como finalidad esencial el estudio de la libre circulación de trabajadores por la Unión Europea, sistema importante de integración regional y que es considerado en el ámbito mundial como uno de los más complejos y completos, tanto a nivel institucional como temático. Además, el texto se propone engranar el caso del MERCOSUR, en representación de los países miembros y asociados del Cono Sur, respecto a su proyecto de movilidad laboral.

Tanto el Mercosur como la Unión Europea se asemejan por el estudio de este tipo de fenómeno migratorio, en el que la movilidad de la mano de obra representa el elemento esencial. Como se podrá dilucidar, ambas estructuras propenden por el fortalecimiento de la integración entre países; empero, no se encuentran en la misma etapa de desarrollo, por tanto no evolucionan al mismo nivel y generan procesos de integración divergentes.

Ahora bien, de esta manera el presente trabajo se divide en tres secciones. En un primer momento se abordan los antecedentes de la migración laboral, enseñando las generalidades del tema que convoca a estudio, así como sus características. Seguidamente, se muestra el desarrollo y los avances del tema a nivel de la Unión Europea, quiénes fungen como encargados en la toma de decisiones en materia de movilidad laboral; al igual que un recuento normativo que permita de manera precisa conocer la regulación más destacada sobre el tema. En tercer lugar, se destina un espacio a conocer el manejo de la temática a nivel del Mercosur y el estado en el que se encuentra el proyecto tendiente a consolidar el tema de la libre circulación de trabajadores. Y se cierra por medio de una serie de reflexiones en torno

al tema, junto a una perspectiva frente al camino de consolidación del proyecto de libre circulación de trabajadores a cargo del MERCOSUR, desde la experiencia europea.

La libre circulación de trabajadores

La libre circulación de trabajadores se ha instituido como una de las garantías fundamentales a las que tienen derecho los trabajadores pertenecientes a Estados que se encuentran dentro de procesos de integración regional, derecho en función del cual se proscribe la discriminación por razones de nacionalidad, raza, sexo, promoviéndose condiciones de trabajo en escenarios de igualdad.

Proceso de integración regional

La integración regional es una de las modalidades mediante las cuales se desarrollan los procesos de cooperación internacional, que “normalmente comienza adoptando postulados de carácter general que luego se van tornando más reducidos y que ayudan a precisar políticas globales en determinados sectores” (Cabanes & Prado, 2015, párr. 8); este proceso ha respondido primordialmente al interés de unificación económica y en su desarrollo ha trascendido a intereses culturales, jurídicos, ambientales y sociales.

Existe una multiplicidad de conceptos acerca de la integración regional, sin embargo, el que más se ajusta al propósito del presente texto es el siguiente:

La integración en sentido estricto, consiste en que a través de los tratados internacionales, dos o más estados ceden algunas de sus prerrogativas soberanas, para crear una zona con personalidad jurídica independiente a la de sus miembros, en la cual puedan circular y con el mismo tratamiento; mercancías, servicios, personas y capitales según la amplitud de la integración (Fernández Tiuna, 2014, p. 40).

Dentro de las características comunes de un proceso de integración se encuentran las siguientes: *(i)* se trata de un proceso multidimensional, es decir, trasciende del propósito económico de su creación, *(ii)* desde un estado miembro existe lealtad respecto a un órgano de naturaleza diferente, *(iii)* el actuar de los estados miembros responde a un esquema donde resulta necesario que las decisiones sean tomadas desde el interés de una comunidad.

Elementos de la libre circulación de trabajadores

Blázquez presenta una definición de la libre circulación de trabajadores como una prerrogativa según la cual cuando un trabajador preste sus servicios en un Estado miembro, distinto al que resida originalmente, se le aplicará de forma general la norma del país donde realiza esta actividad. De este modo, se le garantiza idéntica protección, a través de la misma reglamentación, que al resto de los empleados de su centro de trabajo, con independencia del Estado del que procedan. (Blázquez, s.f., p. 110)

Ahora bien, el concepto de Libre Circulación de Trabajadores presenta los siguientes elementos: *(i)* responder a las ofertas efectivas de trabajo, *(ii)* desplazarse libremente por el territorio, *(iii)* residir en cualquiera de los Estados miembros o asociados con el objeto de prestar sus servicios en él de acuerdo con la normativa de este país, y *(iv)* permanecer en dicho Estado una vez ha finalizado su actividad (Blázquez, s.f., p. 112).

La libre circulación de trabajadores en el contexto de la Unión Europea

La Unión Europea constituye el ejemplo más avanzado de integración regional en el mundo, es por esto que resulta necesario conocer acerca de sus antecedentes y conformación institucional, para así poder comprender el proceso de aventura común que decidieron emprender de manera formal desde el año 1950.

La historia de la Unión Europea conoce incesantes e importantes movimientos de personas que continúan hoy en día, estos se encuentran antecedidos por un sueño milenario de unificación europea, el cual encontró un contexto de desarrollo favorable finalizada la Segunda Guerra Mundial,

momento desde donde se evidencia mayor adelanto en los procesos de formación e integración europeos; sin que se puedan desconocer las tentativas históricas de unificación anteriores a 1945 (Favell, 2012).

Un contexto favorable: del fin de la Segunda Guerra Mundial al Tratado de Roma

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, el contexto político–económico permitió concretizar el ideal de una Europa unida por la paz. Nugent (2002), en su obra “The Government and Politics of the European Union”, establece los factores de tipo económico y político que impulsaron las grandes transformaciones. Desde lo político, la afirmación de un nuevo mundo, la nueva división geopolítica de Europa, el deseo de evitar un nuevo conflicto, el desarrollo de los derechos humanos y la integración de Alemania como caso especial de donde surgen estructuras comunes de carácter internacional y europeo (Nugent, 2002). Desde lo económico, la internacionalización de la economía con la creación de una banca común propuesta en la conferencia del Bretton Woods de 1944, que abrió paso a instituciones emblemáticas, tales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial (Nugent, 2002). En lo que respecta al fenómeno migratorio, este adquirió fuerza con posterioridad a la guerra; los movimientos trasfronterizos de trabajadores del continente europeo constituyeron un punto clave en “la construcción de un nuevo espacio europeo de circulación y conformación de una nueva idea de la ciudadanía europea” (Favell, 2012, p. 14).

Este tipo de migración de carácter laboral que se desarrollará a posteriori, se desvanece entre los objetivos de tipo económico, dentro de los cuales el ámbito de la política social había sido sometido a un segundo plano.

Ahora bien, tras una Europa que intentaba superar los estragos de dos guerras de connotación internacional, el origen de la comunidad europea se encuentra en un texto de carácter político: la declaración de Robert Schuman, ministro francés de asuntos exteriores, quien el 5 de mayo de 1950 estableció las bases de la construcción comunitaria, inspirado en las ideas de Jean Monnet; su objetivo, según el cual

La paz mundial no puede salvaguardarse sin unos esfuerzos creadores equiparables a los peligros que la amenazan. La contribución que una Europa organizada y viva puede aportar a la civilización es indispensable para el mantenimiento de unas relaciones pacíficas”, al igual que su método de construcción comunitaria que se basaba en la solidaridad y paulatinidad, en donde “Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho, son hasta la fecha fuentes vigentes de las cuales se nutre la construcción del sueño de integración europea (Schuman, 1950, párr. 6,7) .

La concreción jurídica de la propuesta de Schumann se logró por medio del tratado de París de 1951 con la creación de la CECA (Comunidad Europea del Acero y el Carbón), conformada por unos pocos países (Alemania Occidental, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Países-Bajos). Se extendió progresivamente a otras áreas de cooperación económica y amplió su número de miembros. El propósito principal consistía en subsanar las rivalidades existentes entre Francia y Alemania, quienes encarnaban los dos grandes rivales de la guerra, a través del control sobre la producción del carbón y del acero como medio para asegurar la paz, para que así una guerra nueva no pudiera ser declarada, por la confluencia de intereses entre los países.

La economía se convirtió en la lógica y el motor de la construcción comunitaria, donde el objetivo final consistía en una unión de tipo político.

Con el éxito de la CECA, se empezó a considerar que el campo de acción de esta organización era limitado, se decidió entonces ampliar el proceso de integración europeo a nuevos sectores. El 27 de mayo de 1952 se firmó por los países miembros de la CECA el Tratado de la Comunidad Europea de Defensa (TCED) y la Comunidad Política Europea (TCPE). La CED (Comunidad Europea de Defensa), pretendía la conformación de un ejército europeo, mientras que la CPE (Comunidad Política Europea) buscaba regular el sector de la política extranjera, la defensa, la economía y la protección de los derechos humanos.

Ambos proyectos fueron fuertemente debatidos e inmediatamente rechazados alrededor de Europa, por una oleada de política nacionalista en materia de integración, que se alimentaba cada vez más de los grupos “*anti-Europa y anti-mundialización*”, frecuentemente escuchados y opuestos al abandono de la soberanía de sus países (Favell, 2012). El declive de ambas

iniciativas era inminente. Afortunadamente, la construcción comunitaria no se detiene; buscando aplicar el método Schuman de una manera más ortodoxa, se retorna al componente económico como camino hacia el objetivo político. Se trata entonces de un retorno a la dimensión económica.

Con el fin de resolver los problemas causados por el fracaso de la CED, del 1 al 3 de junio de 1955, se da origen al proyecto de la CEEA (Comunidad Económica de la Energía Atómica) o Eurotam, como una nueva organización internacional de carácter sectorial concentrada en el ámbito de lo atómico; y la CEE (Comunidad Económica Europea), organización pluri-sectorial destinada a cubrir el conjunto del sector económico. El 25 de marzo de 1957 se firman los Tratados de Roma, los cuales entran en vigor el 1 de enero de 1958 y se encargan de dar vida a estas dos organizaciones.

Por primera vez, el mercado común de la CEE comprende además de la libertad de circulación de bienes, servicios y mercancías, una cuarta libertad con la cual se pretende lograr la integración total, se refiere a la libre circulación de trabajadores exclusivamente en su calidad de empleados o prestadores de servicios, consagrada como un principio y mandato negativo, que:

Pretendió la eliminación de toda discriminación en el empleo fundada en la nacionalidad, esta libertad, se convirtió en el eje a partir del cual giro toda la acción normativa del legislador social comunitario (...) como un objetivo desarrollable a largo plazo (Ballester & Miñarro, 2002, p. 242).

Acta Única Europea, Tratado de Maastricht: avances en materia de libre circulación

Con la primera gran reforma, llega el Acta Única Europea que fue firmada en Luxemburgo y La Haya el 17 y 28 de febrero de 1986 y entró en vigor el 1 de julio de 1987. Adquiere el calificativo de tratado reformador, por cuanto revisa los tratados comunitarios precedentes, se considera como un acta única, porque es un solo tratado que comprende una doble dimensión, la comunitaria y la política. Además de ser la primera acta que reúne disposiciones de cooperación e integración, es la primera interesada por una construcción comunitaria, no exclusivamente económica, en beneficio de la idea de abolición de controles de fronteras entre estados miembros. Esta acta se

elaboró a partir del método preconizado por la Declaración Schuman, mediante el cual progresivamente se hace un tránsito de la unión económica a la política.

La agitación histórica de finales de los años 80 acentúa los avances de la construcción europea y da nacimiento a la Unión Europea. La caída del muro de Berlín pone fin a la división del bloque este y oeste, lo que significa la posibilidad de ampliación de la construcción europea hacia los estados del este, lo cual implica una reorganización para la acogida de los nuevos estados y el surgimiento de nuevos miedos dentro de los cuales se destaca el tema migratorio de carácter laboral (Nugent, 2002).

En 1989 se llevan a cabo dos conferencias intergubernamentales, en las que participaron representantes de los estados miembros con el propósito de aportar una revisión a los tratados constitutivos encargados de dar origen a la Comunidad Europea. La primera conferencia se refiere a la unión económica y monetaria, mientras que la segunda se refiere a la unión política, ambas conferencias dan lugar a la proclamación del Tratado de la Unión Europea (TUE), o Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992, año en el cual son abolidos formalmente los controles de fronteras entre Estados miembros, por disposición del convenio de aplicación del acuerdo Schengen, firmado el 19 de junio de 1990 y que entró en vigor el 26 de marzo de 1996.

La CEE fue transformada en el tratado por la Comunidad Europea (CE), con el ánimo de poder desarrollar políticas en materias diversas a aquellas de carácter económico. Algunos de los avances más importantes, tal y como los establece, consistieron en “la creación de la unión económica y monetaria, además de la aparición de la ciudadanía de la Unión Europea, de la cual se desprende el derecho de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros” (Blumann y Dubouis, 2010, p. 72).

De Maastricht al Tratado de Ámsterdam y Lisboa

El tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997 y con entrada en vigor en 1999, enfatiza en tres campos principales:

- La importancia de las políticas del empleo y la libertad de circulación de trabajadores, así como los derechos de ciudadanos y la integración de la Carta Social de Europa firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, al texto del tratado.
- La supresión de las barreras de la libre circulación de personas y el reforzamiento de las medidas de seguridad para la extensión de la conversión Schengen.
- La búsqueda de aumento de la credibilidad referente a la presencia de la Unión Europea en el mundo.

En lo que respecta a la libre circulación de trabajadores, con el Tratado de Lisboa y el fracaso del Tratado Constitucional, se confirma el derecho a residir y circular libremente en el territorio de los Estados miembros. Ya no se trata de la movilidad preponderante de trabajadores no calificados “mineros y obreros del sur hacia el norte, como estaba establecido en las disposiciones principales del tratado de Roma en 1957” (Favell, 2012, p. 34). En la actualidad se propende por el movimiento de trabajadores altamente calificados, la circulación de talentos que generen impactos tanto en la economía como en la formación de una identidad europea.

Hoy solamente se cuenta con una entidad: la Unión Europea, nacida en 1922 con el Tratado de Maastricht, y cuya base jurídica reposa en el TUE y el TFUE, en donde se encuentran respectivamente las características fundamentales de la Unión Europea, los elementos de funcionamiento, competencias e instituciones, al igual que una gran parte de sus políticas.

La Unión Europea y la libre circulación de trabajadores: tipología, funciones y competencia

Tres tipos de migración o movilidad laboral

Según Favell (2012), en el proceso de construcción y deconstrucción de la Unión Europea se presentan tres tipos de migración y movilidad laboral.

En primer lugar, la migración tradicional o extra europea, en la cual ciudadanos de terceros países llegan a estados europeos. En segundo lugar, la movilidad intra-europea, aquí ciudadanos europeos aprovechan su derecho a circular libremente al interior de la Unión Europea; este derecho incluye la posibilidad de desplazarse, de trabajar, de vivir e instalarse sin barreras administrativas o políticas donde deseen en Europa, cuando lo deseen y como lo deseen. En tercer y último lugar, los migrantes de trayecto este-oeste, situada en un intermedio entre las dos posibilidades anteriores y que responden a procesos de crecimiento y extensión de la Unión Europea, respetadas en la adhesión de países entre el 2004 y el 2007. (República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia. Se espera que Bulgaria y Rumanía se adhieran en 2007)

Funciones y competencias

Para establecer las instituciones competentes y las funciones derivadas de la regulación de la libre circulación de trabajadores de carácter intra-europeo, es necesario tener presente la importancia que el tema de la movilidad laboral representa a nivel de la Unión Europea.

La libre circulación es un derecho individual y uno de los elementos fundamentales de la ciudadanía europea. De igual manera, está reconocida como una de las cuatro libertades fundamentales garantizadas por el derecho comunitario y uno de los pilares en que se funda el mercado interior (Vichich, 1997). Su consagración jurídica y protección legal supone una salvaguarda especial del derecho a vivir y trabajar en otros Estados miembros, prohibiendo cualquier tipo de discriminación en materia de empleo, remuneración y condiciones de trabajo y propendiendo por la eliminación de barreras y la materialización de su ejercicio pleno, tanto para los ciudadanos de la Unión Europea como para sus familias.

La Unión Europea desarrolla una serie de políticas complementarias al mercado interior, conocidas bajo el nombre de políticas sectoriales y dentro de las cuales se destaca la política social y de empleo, que pretende, ade-

más del cumplimiento de las metas trazadas por la Estrategia Europa 2020 (2010) con la cual se busca esencialmente la materialización del artículo 151 del TFUE, junto al:

Fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones como objetivos comunes de la Unión Europea y sus Estados miembros en materia social y laboral (Parlamento europeo, 2015).

El TFUE, en su Título IV referente a la libre circulación de personas, servicios y capitales, Capítulo I: Trabajadores; artículo 45, antiguo artículo 39 del TCE, consagra:

- 1) Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión Europea.
- 2) La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.
- 3) Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:
 - De responder a ofertas efectivas de trabajo;
 - De desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;
 - De residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;
 - De permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión.

Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 1985).

Analizando restrictivamente el artículo 45 del TFUE, numeral 3, literal *a*, los ciudadanos europeos que deseen hacer uso de la normativa comunitaria referente a libre circulación de trabajadores, deben de antemano haber recibido una oferta efectiva de empleo. Sin embargo, esta interpretación pone en tela de juicio el principio fundamental que permite la libre circulación de trabajadores en sentido amplio. Es por esto que el TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea): rechazó la idea de la aplicación restrictiva del artículo 45 del TFUE y amplió su campo de aplicación a ciudadanos europeos que tengan el deseo de trabajar y prueben que se encuentran en búsqueda de un empleo bajo ciertas condiciones, según se evidencia en la Sentencia del TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea), asunto C-292/89.

El Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea representan las instituciones de la Unión Europea que, de la mano del Comité Económico y Social Europeo, órgano consultor, fungen como las máximas autoridades competentes en el estudio, elaboración y adopción de decisiones sobre la libre circulación de trabajadores como derecho garantizado a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión, que requiere de especial protección.

Cuando se hace referencia a las instituciones de la Unión Europea, no se debe pensar en términos estatales, tampoco se debe tratar de asimilarla a la idea de separación de poderes. En el marco de la Unión Europea no hay una separación de poderes clara entre el legislativo y el ejecutivo, a excepción del poder judicial a cargo de la TJUE. Se tienen tres instituciones vinculadas, referenciadas por Blumann y Dubouis (2010) como “*el triángulo institucional*”, que intervienen en la materialización del poder ejecutivo y legislativo; cada una responde a un interés particular, donde el objetivo consiste en encontrar el equilibrio institucional entre ellas. Blumann y Dubouis simplifican el triángulo institucional considerando a la Unión Europea como:

Un sujeto propio, en representación de sus intereses (la Comisión), más una organización estatal en representación de los intereses de los Estados miembros (el Consejo) y una organización de ciudadanos europeos (el Parlamento) (2010, p. 44).

Derecho a la libre circulación de trabajadores: marco jurídico y alcance normativo

Habida cuenta de la proliferación de pronunciamientos y decisiones, se mencionan las disposiciones de libre movilidad laboral más relevantes en los albores del siglo XIX.

El marco jurídico aplicable a la libertad de circulación de trabajadores, encuentra su consagración como derecho de tipo originario en el TUE, artículo 3, parágrafo 2; y en el TFUE, Títulos IV y V, como tratados constitutivos de la Unión Europea; y derecho derivado o secundario, en los reglamentos, directivas y decisiones referentes a la libertad de circulación de trabajadores europeos en el territorio que conforman los estados miembros de la Unión. Ambos son directamente aplicables en todos los estados miembros, de tal manera que las disposiciones de derecho derivado y originario deben ser traspuestas en las legislaciones internas de los Estados miembros, para que así tanto las autoridades nacionales y empleadores públicos o privados apliquen y respeten el derecho a la libre circulación de trabajadores y los demás derechos que se desprendan del mismo.

De esta manera, los ciudadanos europeos resguardados por el TUE, TFUE, y los demás reglamentos y directivas encargadas de la protección del derecho a libre circulación de trabajadores en Europa, tienen la potestad, en tanto sujetos pasivos y parte débil de la relación laboral, de solicitar el cumplimiento de tales disposiciones ante la jurisdicción y administración nacional del Estado de acogida (Blumann & Dubouis, 2010). La Comisión podrá instaurar en todo momento acciones ante el TJUE en los casos de transgresión a la normatividad europea o de prácticas administrativas nacionales que contraríen el derecho europeo a la libre circulación de trabajadores. Si

se comprobare que el país incumplió la norma, se le ordenará remediar la falla, adoptar nuevas acciones, sumado a una posible multa (Parlamento Europeo, Directiva 2004/38/CE, 2004).

La directiva número 38 de 2004 “Relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias a circular y establecerse libremente sobre el territorio de los estados miembros” (Parlamento Europeo, Directiva 2004/38/CE, 2004), unifica disposiciones dispersas de diferentes actos legislativos al igual que jurisprudencia del TJUE.

Se reconoce en la directiva 38, una vez más, la libre circulación de trabajadores como un derecho primario, individual y como una de las libertades fundamentales del mercado interior, la cual implica tanto la posibilidad de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, como un espacio sin fronteras internas, garantizado por medio del derecho originario y derivado de la Unión Europea.

Entre los objetivos principales de la directiva se encuentran, además de la protección del derecho de los trabajadores europeos a circular libremente, la reducción al máximo de las barreras administrativas y de tipo burocrático que impiden su ejercicio, se limita la posibilidad de negar la entrada o dar por terminado el derecho a residencia sin justa causa, así como la extensión de tal derecho a los miembros de su familia (Directiva 38, 2004, artículo 2, numeral 2).

Posteriormente, el Consejo y el Parlamento expiden el Reglamento número 429 del 5 de abril de 2011, encargado de codificar el reglamento (CEE) No. 1612/68 y sus modificaciones sucesivas. En él se precisan derechos derivados de la libre circulación de trabajadores y las áreas en las cuales la discriminación fundada en la nacionalidad está proscrita, en cuanto a: Acceso al empleo, Condiciones de trabajo, Ventajas sociales y fiscales, Acceso a la formación, El alojamiento, El acceso a la educación de los menores (Reglamento 429, 2011, Preámbulo, parágrafo 5).

La directiva, al igual que el reglamento, en su calidad de disposiciones normativas de aplicación obligatoria y carácter vinculante para los Estados miembros de la Unión Europea, establecen los derechos de los trabajadores que haciendo uso de su libertad a circular ejecutan actividades laborales y residen en un Estado miembro diferente al suyo.

Siguiendo los lineamientos de la Comunicación de la Comisión, del 13 de julio de 2010, titulada “Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y principales avances”, los derechos de los trabajadores migrantes corresponden a:

- 1) La búsqueda de empleo y el acceso a prestación.
- 2) El acceso al empleo en las mismas condiciones de los trabajadores nacionales.
- 3) Igualdad de trato.
- 4) Derechos en materia de residencia.

Libre circulación de trabajadores: 2013-2015

En el año 2014, la Comisión consagra mediante la Propuesta de Directiva 54 “las medidas tendientes a facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de libre circulación de trabajadores” (Parlamento Europeo, 2014, Directiva 2014/54/UE). Este propósito revela que la libre circulación de trabajadores, si bien cuenta con una base jurídica sólida y por tanto, puede ser considerada como éxito desde la perspectiva jurídica, es la libertad menos puesta en práctica entre las cuatro libertades que fundan el mercado único. Los obstáculos entre los estados miembros desde lo jurídico y administrativo persisten y bloquean el correcto desarrollo en la movilidad de mano de obra.

La directiva propuesta, relativa a la prolongación de acciones existentes, tiene por objeto establecer una legislación unificada que facilite el ejercicio y aplicación de los derechos conferidos por la legislación de la Unión a los trabajadores y a los miembros de sus familias que ejerzan legal y legítimamente el derecho a circular libremente.

Los obstáculos y problemas respecto del acceso a la libre circulación de trabajadores en Estados miembros, contenidos en la propuesta de directiva, se pueden resumir de la siguiente manera:

- Inobservancia del derecho de la Unión Europea por los poderes públicos (legislación no conforme o mal aplicada).
- Inobservancia y falta de conocimiento del derecho de la Unión Europea por los empleadores tanto públicos como privados.
- Limitación del acceso de los trabajadores migrantes en la Unión Europea a información o medios que les permitan hacer valer sus derechos.

La anterior propuesta es la antesala de la Directiva número 54 del 16 de abril de 2014, cuyo ámbito de aplicación coincide exactamente con el del Reglamento (UE), número 492 de 2011. De forma innovadora propone la creación de organismos tendientes a fomentar la igualdad de trato para apoyar a los trabajadores de la Unión Europea y a los miembros de sus familias; solicita en su artículo 4, numeral 4 “Hacer uso y cooperar con los servicios de información y asistencia a escala de la Unión como YourEurope, Solvit, EURES, la Red Enterprise Europe y las ventanillas únicas”.

En materia de trasposición, el artículo 8 establece como periodo máximo para la armonización de la legislación interna el 21 de mayo de 2016, fecha para la cual se debe asegurar su cumplimiento. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión sobre los textos de derecho interno que adoptan el ámbito de regulación de la directiva.

La Comisión insta al Parlamento, al Consejo y al Comité Económico y Social para que, a más tardar el 21 de noviembre de 2018, presenten informe sobre la aplicación de la directiva, así como la respectiva propuesta en caso de que se requiera algún tipo de modificación.

Perspectiva del MERCOSUR

Se debe tener presente para cualquier estudio respecto del MERCOSUR y la Unión Europea, el contexto bajo el cual surgen y se desarrollan. El MERCOSUR no es el resultado de una creación institucional estratégica tendiente a la reconciliación y en búsqueda de la paz, sino que, como lo muestra la experiencia sur americana, la lógica respondía a un verdadero proyecto de integración en principio netamente económico.

El continente sur americano no sufrió los traumatismos de dos guerras mundiales, su objetivo no consistía en el acercamiento de dos enemigos. Al igual que la amenaza soviética no presentaba el mismo nivel de peligro, en virtud de la ausencia de riesgo de invasión militar (D'arcy, 2005, p. 23).

Ambas, MERCOSUR y la Unión Europea, surgen como asociaciones económicas, con finalidades precisas como es el caso de la creación de un mercado común. El MERCOSUR es relativamente reciente, fue fundado el 26 de marzo de 1991 con la firma del Tratado de Asunción. Su base institucional data de 1994 con el Protocolo de Ouro Preto, a través de la búsqueda de oportunidades comerciales y de inversiones para sus países miembros -nos referimos aquí a Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Bolivia- y asociados -Chile, Perú, Colombia y Ecuador- en el marco de la economía mundial; comparable con el Tratado de Asunción, el cual previó la consolidación de un mercado común que implicaba tanto una unión aduanera como una política de comercio común (D'arcy, 2005).

Hasta acá, los procesos de extensión y expansión del MERCOSUR se convierten en un elemento esencial y el motor de la integración suramericana, tal y como fue el caso de la Unión Europea. Sin embargo, la manera en que se llevan a cabo ambas expansiones deja entrever diferencias importantes. Mientras la comunidad europea exige la pertenencia plena de sus miembros, junto al cabal cumplimiento de sus tratados y del derecho comunitario derivado; en el MERCOSUR, la calidad de asociados es de alta aplicabilidad, lo que limita en la mayoría de los casos a acuerdos de libre comercio, relegando el aspecto socio-laboral (Almeida, 2003). Los países asociados que-

dan por fuera del cumplimiento estricto de los tratados constitutivos y las normas del derecho comunitario derivado, lo cual dificulta la aplicación de normas relativas a la libre circulación de trabajadores.

Buscando superar estas dificultades, nace el proyecto de la Comunidad Sudamericana de Naciones, el cual se extiende a casi la totalidad de América del Sur, abriendo nuevas perspectivas políticas, examinables de forma comparada con el proyecto político de la Unión Europea, a partir de dos perspectivas: “la extensión progresiva de una integración regional al conjunto de un continente; junto con la voluntad de los Estados miembros de confiar al nivel supranacional competencias y poderes ejercidos por instituciones relativamente autónomas” (D´arcy, 2005, p. 19).

Los escenarios de discusión de la temática migratoria laboral en el MERCOSUR han tenido alcances diversos. Las relaciones económicas y sociales emergen con la firma del tratado de Asunción para el año 1991, cuyo objetivo era la ampliación de los mercados nacionales y la conformación de un mercado común por medio de “procesos de desarrollo económico con justicia social”, lo cual presupone una dimensión social y laboral.

Empero, los trabajadores migrantes en su mayoría miembros de la Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur (CCSCS), creada con antelación al MERCOSUR en 1991, reunió 8 asociaciones sindicales. Su objetivo central era la lucha por la protección de los trabajadores y por la aprobación de una norma comunitaria que garantizara su protección. Sin embargo, nunca tuvieron un espacio jurídico institucional que los contemplara en sus especificidades, las cuestiones socio laborales y la libre circulación de trabajadores no fueron explícitamente referidas ni tenidas en cuenta como objetivos o principios dentro de los tratados constitutivos de este bloque en formación.

El Subgrupo de Trabajo Número 11, de Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social –asesor del Grupo Mercado Común, órgano ejecutivo del MERCOSUR-, se constituyó como el primer órgano socio laboral de MERCOSUR entre 1992 y 1995, cuyo objetivo central fue el tema de libre circulación de trabajadores. Si bien sus esfuerzos no generaron avances sig-

nificativos en el campo de la migración laboral, actualmente puede ser considerado como el primer gran intento de inclusión de una temática compleja y suficientemente olvidada.

Con el Protocolo de Ouro Preto del 17 de diciembre de 1994, se termina el periodo de transición hacia el mercado común, lo cual suponía la consolidación de un área de libre comercio, con su respectiva libre circulación de bienes y servicios, acompañado de lo que se denominó Unión Aduanera Imperfecta o Incompleta. El nuevo esquema limitado de integración, no cumple en su totalidad con los objetivos del Tratado de Asunción y deja por fuera el componente social y laboral, sometiendo a un segundo plano la cuestión de la libre circulación de trabajadores.

Asimismo, el Sub Grupo de Trabajo (SGT) es remplazado por uno nuevo como consecuencia del mejorado esquema conceptual y funcional del MERCOSUR. Para el nuevo Sub Grupo de Trabajo en Asuntos Laborales y Seguridad Social, lo relativo a la libre circulación de trabajadores, como presupuesto para la integración plena, deja de ser considerado un objetivo principal y se convierte en una temática sometida al estudio clásico de las migraciones laborales, en el cual los asuntos de movilidad de mano de obra corresponden a las políticas nacionales de cada Estado miembro con alcances restrictivos.

El 14 de diciembre de 1997 se firma el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercosur, siendo el único instrumento que pueda considerarse como un avance serio en la materia, impulsado en el marco orgánico del Sub Grupo de Trabajo 10, el cual alcanzó en el 2005 su ratificación por todos los Estados parte.

Con posterioridad, la Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur (CCSCS) presentó un proyecto de carta social, que logra su aprobación en la cumbre de mandatarios del MERCOSUR a cargo de la aprobación de directrices sustantivas, el 10 de diciembre de 1998, bajo el nombre de Declaración Socio Laboral. Dicha declaración constituye a la época el fundamento central de la protección de los trabajadores tanto en sus derechos colectivos como individuales, al igual que estable un sistema de seguimiento y control a cargo de la Comisión Socio Laboral (CSL).

Sin embargo, la máxima norma intergubernamental en la materia se representa en el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR (2002), dentro del cual se establecen protecciones a favor de los trabajadores migrantes. Este acuerdo, sin duda alguna, responde a años de cambios políticos y a las ansias de una integración regional real y eficaz entre los países miembros y asociados del MERCOSUR. El tema de la libre circulación de trabajadores entra a ser considerado como un objetivo político cuando los presidentes de los Estados partes sumados a los asociados refrendaron este acuerdo en la declaración presidencial conjunta del MERCOSUR, que tuvo lugar para el año 2002 y en las subsiguientes cartas de adhesión.

Antecedentes más recientes se encuentran en el Plan para Facilitar la Libre Circulación de Trabajadores de 2013, a cargo de El Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) y Centrales Sindicales del Cono Sur (CCSCS), como organismo dependiente del MERCOSUR encargado de la evaluación e implementación de políticas públicas relacionadas con la movilidad de trabajadores, cuyo objetivo principal es facilitar la libre circulación de éstos en el MERCOSUR y la consolidación de un mercado laboral mediante la homogenización normativa.

Cabe ahora preguntarse por la aplicabilidad y la fuerza coercitiva de las normas relativas a la libre circulación de trabajadores en los países miembros y asociados del MERCOSUR. Cuando se examina dicha normatividad, existe la tentación constante de contrastarla con el modelo normativo de la Unión Europea, aunque éste no constituye el mejor camino, dadas las diferencias en características de tipo social, económico y político entre el MERCOSUR y la Unión Europea (Almeida, 2003).

Si bien las normas comunitarias son obligatorias y deben ser incorporadas al orden jurídico nacional de los Estados miembros, en MERCOSUR, las normas relativas a la libre circulación de trabajadores, por ser de contenido específico ligadas al mercado común, deben ser aplicadas sobre normas inferiores a la Constitución (Almeida, 2003). Sin embargo, no se cuenta con un órgano jurisdiccional propio, como lo es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La resolución de controversias derivadas de la inde-

bida transposición o aplicación de normativa referente a la libre circulación de trabajadores, se ha puesto en funcionamiento bajo un sistema de arbitraje externo, lo cual demuestra aplicación laxa de la normativa vía *softlaw*.

Conclusiones

Antes de crear la Comunidad Económica Europea (CEE) hubo intentos para conformar una comunidad política; esto se ve frustrado por la imposibilidad de superar divergencias y particularismos nacionales y se opta por una construcción exclusivamente económica. Resulta plausible la mutación continua, evidenciada en las constantes adaptaciones, reformas y nuevos tratados a los que ha sido sometido el proceso de integración y construcción europea, el cual aún se encuentra en curso, siendo notable la fragilidad de la construcción europea como proyecto político común. La Unión Europea, tal y como se puede evidenciar, ha atravesado momentos de quietud, así como de grandes desarrollos; el proceso no es lineal, ni tampoco cíclico.

Los cambios estructurales de los Estados, el quebrantamiento de su soberanía absoluta y los procesos de integración económica, son algunos de los muchos factores que vienen transformando la movilidad geográfica de los trabajadores; aquella movilidad tradicional de personas y mano de obra, que constituye un fenómeno que plantea nuevos panoramas para ser analizados y problemáticas que deben ser estudiadas con detenimiento.

El camino es largo, MERCOSUR requiere de un sistema de resolución de controversias eficaz y obligatorio, representado en un órgano judicial que se encarga de darle sentido y coercibilidad a las normas sobre libre circulación de trabajadores, que hoy son potestativas y de aplicación restringida. De la misma manera, se requiere de más participación de los ciudadanos de sus países miembros y asociados, cuyo involucramiento propende por un aumento de la cohesión interna y una integración más democrática.

La libre circulación de trabajadores es un tema que interesa en mayor o menor medida a todas las personas, sea que actúen como agentes directos, proveedores de la fuerza de trabajo, o indirectos, como receptores de ga-

nancias o recursos. Para el caso colombiano, el objeto temático de estudio adquiere relevancia en la medida en que las disposiciones referentes a la libre circulación de trabajadores del MERCOSUR surtan efectos en países asociados como Colombia.

Referencias

- Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur. (1997). Recuperado de http://www.Mercosur.int/msweb/normas/normas_web/decisiones/es/dec_019_097_.pdf
- Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR. (2002). Recuperado de http://www.migraciones.gov.ar/lib/consultas_infomig/verPdf.php?pk=AAAI4LAAiAAALoJAAC&o=infomig
- Almeida, R. L. (2003). La asociación interregional entre el Mercosur y la unión europea: balance y Perspectivas. (Tesis doctoral). Universitat De Valencia, Valencia, España
- Blázquez Agudo, E.M., (s.f.). El futuro de la libre circulación de trabajadores. Repensando su contenido a partir de la Directiva Marco sobre mercado interior. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, (62.), p-p. 109-124 Recuperado de http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/62/Est04.pdf
- Ballester, P.I. & Miñarro, Y. M. (2002). El derecho a la libre circulación de trabajadores en la Constitución Europea. *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, (57), 241-258. Recuperado de http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/57/Est11.pdf.
- Blumann, C., & Dubouis, L. (2010). *Droit institutionnel de l'Union européenne* (5ta ed.). París: Litec.

Cabanes, I., & Prado, M. (2015). Aspectos generales de la cooperación y la integración internacional. *Ámbito Jurídico*, (37), párr 8. Recuperado de http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=593&n_link=revista_artigos_leitura

Carvajal, C.M (1993). Derecho Aduanero. México: Porrúa.

D'Arcy Francis, "Las perspectivas políticas del Mercosur: la comparación con la Unión Europea." *Derecho y Sociedad* 1/2005 (No. 59), p. 19-35

URL: www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2005-1-page-19.htm .El Tratado de Asunción. (1991). Recuperado de http://www.Mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/archivos/destacado1_es.doc

Favell Adrian, "La inmigración, la migración y la libre circulación en la construcción europea." *Política Europea* 2/2010 (31), p. 33-64. www.cairn.info/revue-politique-europeenne-2010-2-page-33.htm .

Fernández Tiuna, B. (2014). *Fuentes y Prácticas del Derecho Aduanero Internacional*. Estados unidos Palibrio.

Normativa del Mercosur. (s.f.). Recuperado de <http://www.google.com/ur?q=http%3A%2F%2Fwww.Mercosur.int%2Finnovaportal%2Fv%2F4059%2F1%2FInnova.front%2Fnormativa-y-documentos-oficiales&sa=D&sntz=1&usg=AFQjCNGUJg1PMAMqJjzUQ9fIklZzFHLmuQ>

Nugent, N. (2002). *The Government and Politics of the European Union*. Rochdale, Inglaterra: Palgrave.

Parlamento Europeo. (29 abril 2004). Directiva 2004/38/CE. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:158:0077:0123:es:PDF>

Parlamento Europeo. (16 abril 2014). Directiva 2014/54/UE. Recuperado de http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.128.01.0008.01.SPA

- Parlamento Europeo. (2015). Las políticas sociales y de empleo: principios generales. Recuperado de http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.10.1.html
- Protocolo de Ouro Preto. (1994). Recuperado de http://www.Mercosur.int/innovaportal/file/721/1/cmc_1994_protocolo_ouro_preto_es.pdf
- Schuman, R. (1950). Declaración de Robert Schuman. Discurso, París. Recuperado de http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_es.htm.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (1985). Libre circulación de personas, servicios y capitales. Recuperado de http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/ttce.p3t4.html
- Vichich, P, N. (1997). MERCOSUR: La libertad de circulación de trabajadores en debate. *Revista de Relaciones Internacionales*, (12), 1-10. Recuperado de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/10088/MERCO-SUR_1+alibertad+de+circulacion.pdf?sequence=1.