
Hacia una cultura
de acuerdos:
métodos
complementarios
de solución
de conflictos



Hacia una cultura
de acuerdos:
métodos
complementarios
de solución
de conflictos

Compilador

Mg. William Esteban Grisales Cardona
Docente Tiempo Completo

Coordinación Editorial

Mg. Jovany Sepúlveda Aguirre
Director Editorial y de Publicaciones
Corporación Universitaria Americana – Sede Medellín

347.09
C822

Corporación Universitaria Americana. (2018). Hacia una cultura de acuerdos: métodos complementarios de solución de conflictos. William Esteban Grisales Cardona (Comp.). Medellín: Sello Editorial Coruniamericana.

213 Páginas: 16X23 cm.
ISBN: 978-958-5512-66-5

1. Conciliación- 2. Acuerdos -3. MASC- 4. conciliación judicial- 5. solución de conflictos

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA AMERICANA-CO /SPA /RDA
SCDD 21 /CUTTER - SANBORN

Corporación Universitaria Americana©
Sello Editorial Coruniamericana©
ISBN: 978-958-5512-66-5

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA AMERICANA

Presidente
JAIME ENRIQUE MUÑOZ

Rectora nacional
ALBA LUCÍA CORREDOR GÓMEZ

Rector - Sede Medellín
ALBERT CORREDOR GÓMEZ

Vicerrector General - Sede Medellín
CAMILO ANDRÉS ECHEVERRI GUTIÉRREZ

Vicerrector Académico - Sede Medellín
DANY ESTEBAN GALLEGUO QUICENO

Vicerrector de Investigación - Sede Medellín
LUIS FERNANDO GARCÉS GIRALDO

Director de Publicaciones Sede Medellín
JOVANY SEPULVEDA AGUIRRE

Sello Editorial Coruniamericana
selloeditorialcoruniamericana@coruniamericana.edu.co

Diagramación y carátula:
EDUARDO A. MURILLO PALACIO

1ª edición: Diciembre de 2018

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma o por medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, u otro, sin previa autorización por escrito del Sello Editorial Coruniamericana y de los autores. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Corporación Universitaria Americana.

PARES EVALUADORES

Ph.D. Porfirio Cardona Restrepo

Filósofo. Magister en estudios políticos y
Doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana

Ph.D. Carlos Alberto Builes Tobón

Filósofo. Magister en estudios políticos y Doctor en Artes,
letras y Lenguajes de la Université Rennes 2

Ph.D. Henry Solano Vélez

Abogado. Especialista en Derecho Procesal y
Doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana



CONTENIDO

Presentación	9	<i>Ph.C. (C). William Esteban Grisales</i>
La ética del conciliador más allá de las causales de impedimento y recusación	11	<i>Sol Leonor Mejía Pulgarín; María Isabel Ortiz Cano</i>
¿Quién puede abogar por los derechos de las partes en una audiencia de conciliación?	25	<i>Sol Leonor Mejía Pulgarín; María Isabel Ortiz Cano</i>
La conciliación judicial en Colombia: entre el garantismo y el activismo judicial	43	<i>Edier Adolfo Giraldo Jiménez; Diego Alejandro Álzate Echeverri; Héctor Mario Gutiérrez Castañeda</i>



Problemas en la solución
en línea de conflictos en el
comercio electrónico con
consumidores en Colombia

59

*Silvia H. Muñoz-Cortina;
Carlos A. Gómez-García*

Importancia de la intimidad
en la conciliación.
Una mirada desde la
perspectiva política actual
de Colombia

94

*Diego Alejandro Correa
Correa*

Conducta del conciliador:
una mirada desde la
neurociencia

116

*Santiago Restrepo Restrepo;
Manuel José Gómez Restrepo;
Adriana Patricia Arboleda
López*

La judicialización del acto
médico como mecanismo
limitador al ejercicio
profesional: dilemas y
riesgos

131

*Jorge Juan De Bedout
Quiroga*



La superación del sufrimiento de las víctimas del conflicto y su implicación en el estado democrático

145

César Augusto Ramírez Giraldo; Gabriel Jaime Osorio Cuervo

Implementación del procedimiento virtual para el centro de conciliación de la Corporación Universitaria Americana

198

Camilo César Molina Cerón; Edwin Alexander Jiménez; Santiago Rendón Ruiz



PRESENTACIÓN

A partir de 1991, en Colombia puede hablarse de un nuevo derecho, un derecho enmarcado en la Constitución, en el cual se da prevalencia a los derechos humanos y a los derechos fundamentales. Ese nuevo derecho se ve reflejado en las áreas del conocimiento jurídico, tanto sustancial como procesal. Y una de esas formas en que se refleja, es la posibilidad de que algunos particulares participen en forma activa en la solución de los conflictos, en tanto que en el artículo 116 de la Carta Política se faculta a los particulares para la solución de conflictos en su calidad de árbitros o de conciliadores.

La necesidad de generar mecanismos de descongestión para la administración de justicia, llevó a que a partir del año mencionado se empezara con una ardua tarea legislativa sobre esos temas, pero basada, considero, en el error de llamarlos siempre mecanismos de descongestión, cuando desde el punto de vista legal y constitucional son una forma de solución de conflictos con fuerza similar a las decisiones judiciales. No es un simple formalismo para descongestionar, sino una verdadera forma de terminar los conflictos socio jurídicos de una comunidad.

En estos 27 años aproximadamente se han dado diferentes leyes sobre el tema, pero tratando en cada una de ellas de dar una mayor prevalencia a estos mecanismos, incluso motivando a través de diferentes capacitaciones a los profesionales del derecho para que agoten estos mecanismos antes de acudir a los jueces de la República. Sin embargo, el legislador insta a las partes dentro del proceso para que se realice la conciliación, tal vez esto sea un error, ya que los principios procesales pueden verse afectados en esta instancia.

Además, durante este tiempo, muchas de los Consultorios Jurídicos de las Universidades de Colombia han creado centros de conciliación, los cuales han servido como un medio de acción social para las universidades y las interacciones con la comunidad, han llevado a que las instituciones educativas sean reconocidas por su labor social.

Igualmente, muchos debates se han dado entorno a estos mecanismos, desde la discusión de su naturaleza hasta su efectividad, han tratado de buscar su



mejor desarrollo legislativo y su aplicación, a estos temas no ha sido ajena la Corporación Universitaria Americana, y como resultado de ese hacer académico se presenta este libro, en el cual se encuentran distintas perspectivas de la solución de conflictos a partir de la conciliación. Desde su visión filosófica, social y jurídica se pretende aportar a la discusión académica sobre esta materia. No se trata de dar solo una visión parcializada y subjetiva sobre el tema, sino que lo que se busca es dar una conceptualización objetiva que permita desde el punto de vista de la investigación, generar nuevo conocimiento y por ende una nueva legislación.

La aproximación desde la filosofía moral a lo que es la conciliación, implica reconocer al hombre como ser no solo como una parte de un conflicto, sino como un ser integral que posee problemas sociales, morales, culturales, un ser poseedor de derechos más allá de los reconocidos por el ordenamiento positivo. Los textos de los autores Cesar Augusto Ramírez Giraldo y Diego Correa Correa, nos muestran al hombre en su esencia dentro un contexto social. Además de la visión de la persona desde su componente mental se encuentra en texto de Santiago Restrepo Restrepo, Manuel José Gómez Restrepo y Adriana Patricia Arboleda López.

En un segundo plano, se presentan los mecanismos de solución de conflictos desde su componente jurídico, analizando la efectividad de un mecanismo para la solución de conflictos entre particulares nacidos de los distintos negocios jurídicos o por mandato de la ley. De igual forma, el ejercicio de la conciliación desde los consultorios jurídicos y su aplicación en algunas de las áreas del derecho, a si se observa en los trabajos de Sol Leonor Mejía Pulgarín, María Isabel Ortiz Cano, Silvia H. Muñoz Cortina y Carlos A. Gómez García.

Finalmente, se encuentra en el texto el aporte de los semilleristas y estudiantes de la Corporación Universitaria donde se observa la forma en que se percibe estos medios de solución, como Jorge Juan de Bedout Quiroga, Camilo Cesar Molina Cerón, Edwin Alexander Jiménez y Santiago Rendón Ruiz.

Ph.C. (C). William Esteban Grisales

Docente Corporación Universitaria Americana



La ética del conciliador más allá de las causales de impedimento y recusación

Sol Leonor Mejía Pulgarín¹; María Isabel Ortiz Cano²

Resumen

Las audiencias de conciliación en los Centros de Conciliación de los Consultorios Jurídicos son presididas por estudiantes, o bien, abogados. Unos y otros al igual que los jueces están sometidos a las causales de impedimentos y recusación, además, a los Códigos de Ética de cada uno de los Centros de Conciliación y al Código Disciplinario del Abogado.

En el desarrollo de las audiencias, se pueden presentar situaciones que pueden dar lugar a la tipificación de las conductas establecidas como causales de impedimentos o recusaciones, no siendo objeto de conocimiento del Centro de Conciliación ni por las partes y/o apoderados, lo que redirecciona la responsabilidad de hacer lo éticamente correcto de acuerdo con el fuero interno de quien funja como conciliador, que de no hacerlo podrá ser sujeto de responsabilidad disciplinaria.

Palabras clave: conciliación, ética, conciliador, imparcialidad, neutralidad.

Introducción

Al interior del consultorio jurídico se viven una multiplicidad de experiencias preprocesales y procesales, como lo son las audiencias de conciliación, en las cuales se debe aplicar el código de ética de dicho centro, de ahí la im-

1 Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana, especialista en derecho del trabajo y de la seguridad social, Magister en derecho de la misma universidad. Docente titular del área laboral del Consultorio Jurídico Pío XII de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. E-mail: sol.mejia@upb.edu.co

2 Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana y especialista en derecho comercial de la misma universidad. Docente asistente del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico Pío XII de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. E-mail: Mariaisabel.ortiz@upb.edu.co



portancia académica, administrativa y procesal de este texto, toda vez que, los estudiantes se enfrentan por primera vez a una audiencia de conciliación y su actuar está bajo la supervisión del docente asesor, en calidad de representante del centro de conciliación, quien procurará realizar un control oficioso sobre los nombramientos evitando exponerlos a ellos a alguna de las causales de impedimento y recusación.

El presente texto se realiza con el fin de exponer cuáles son las situaciones comunes de un conciliador y de un Centro de Conciliación, en relación con las causales de impedimento y recusación contenidas en el artículo 141 del Código General del Proceso, teniendo como fin propiciar la discusión docente dentro de la comunidad académica y, haciendo un llamado a los estudiantes para fortalecer sus bases éticas como futuros abogados.

La exposición se hará mediante la explicación de las vivencias al interior de los centros de conciliación de los consultorios jurídicos y centros de conciliación privados donde hemos actuado como docentes, apoderadas y conciliadoras, con una metodología de estudio de caso propositiva, se plantean alternativas según la dinámica propia de estos Centros, en donde los protagonistas son los conciliadores, pudiendo ser estudiantes o abogados titulados.

Desarrollo

Constitucional y legalmente los impedimentos y las recusaciones se fijan en garantizar que quienes administren justicia sean sujetos neutrales e imparciales, dando cumplimiento al artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948) y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966), en concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

De conformidad con la Línea Institucional de la Conciliación del Ministerio de Interior y de Justicia, hoy de Justicia y del Derecho, que es el conjunto de conceptos dictados por esta entidad en uso de las atribuciones legales de inspección, control y vigilancia sobre los centros de conciliación y entidades avaladas, y que sirven de sustento doctrinario para el ejercicio de sus funciones, se tiene que unos de los valores inspiradores de la conciliación como



mecanismo alternativo de solución de conflictos son los de la imparcialidad y de la neutralidad, principios que atañen indiscutiblemente a la formación y papel de quien fungirá como conciliador, los cuales implican que, en todo el procedimiento conciliatorio, “el conciliador deberá dar a las partes un tratamiento equitativo y deberá mantener una posición imparcial frente a las partes(sic). De igual manera, los conciliadores deben asegurar su neutralidad frente a las circunstancias del caso” (Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia, 2010).

Además del cumplimiento de estas obligaciones que corresponden sin duda alguna al fuero interno de los conciliadores, corresponde a los centros de conciliación establecer un código de ética al que deberá someterse el personal inscrito, por el cual se garantice la transparencia e imparcialidad en la prestación del servicio. Cabe resaltar que el cumplimiento de esta obligación y su implementación en el Centro, son susceptibles de verificación, en virtud de las atribuciones de control, inspección y vigilancia que sobre ellos tiene el Ministerio.

La Ley 446 de 1998 establece que lo conciliable es todo aquello susceptible de transacción y desistimiento, así como aquello que determine la ley. Estas audiencias de conciliación podrán celebrarse ante centros de conciliación privados, de entidades públicas y notarías; así mismo, ante los centros de conciliación de los consultorios jurídicos, ya que estos últimos tienen competencia para conocer de ciertos asuntos, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 640 de 2001, así:

ARTICULO 11. Centros De Conciliación En Consultorios Jurídicos De Facultades De Derecho. Los consultorios jurídicos de las facultades de derecho organizarán su propio centro de conciliación. Dichos centros de conciliación conocerán de todas aquellas materias a que se refiere el artículo 65 de la Ley 446 de 1998, de acuerdo a las siguientes reglas:

1. Los estudiantes podrán actuar como conciliadores solo en los asuntos que por cuantía sean competencia de los consultorios jurídicos.
2. En los asuntos que superen la cuantía de competencia de los consultorios jurídicos, los estudiantes serán auxiliares de los abogados que actúen como conciliadores (...)



La participación de los estudiantes en las audiencias de conciliación en un consultorio jurídico puede hacerse enmarcado dentro de las siguientes figuras: como conciliadores, cuando no supere la mínima cuantía, de acuerdo con el artículo 25 del Código General del Proceso.

Artículo 25. *Cuantía*. Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía. Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv) (...).

En algunos casos, los asuntos sin cuantía, por declaración de cada consultorio jurídico y su centro de conciliación, podrán ser tramitados por los estudiantes ejerciendo el rol de conciliadores (Hinestroza, Mejía & Ortiz, 2015).

En caso del Consultorio Jurídico Pío XII y su Centro de Conciliación de la Universidad Pontificia Bolivariana, Cuando la cuantía supere los 40 smlmv, deberá fungir como conciliador un abogado, pero el estudiante asumirá el rol denominado “auxiliar del conciliador”, quien podrá tener un papel protagónico en la audiencia, en tanto el conciliador le permite de manera guiada su intervención activa dentro de la diligencia.

Cuando el caso se recepciona, a la parte solicitante se le designa un estudiante denominado *gestor*, el cual hace las veces de asesor o abogado de parte, encargado de elaborar la solicitud de conciliación bajo la asesoría del docente.

Una vez radicada la solicitud de conciliación en el centro, previa verificación de su admisibilidad para ser tramitada, el docente asesor del centro se encargará de nombrar conciliador estudiante o abogado para el respectivo asunto, designación que se registrará en el libro radicador de acuerdo con el reglamento del centro de conciliación. (Hinestroza, Mejía & Ortiz, 2012)

Cuando el conciliador se notifica de su nombramiento, se le hace entrega del expediente, el cual contiene la solicitud de conciliación, pruebas y anexos aportados, donde se identifican plenamente las partes y el nombre de quien haya elaborado la solicitud de conciliación (estudiante gestor o abogado); desde ese momento, el conciliador deberá realizar un control previo de las causales de impedimentos contenidas en el Capítulo II del Título V del Código



General del Proceso, que son los mismos supuestos por los cuales podría ser recusado, de acuerdo al caso en concreto, las cuales también aplican para los conciliadores y árbitros en virtud de la remisión directa que hace el artículo 100 de la Ley 446 de 1998.

Artículo 141. Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.
2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.
3. Ser cónyuge, compañero permanente o pariente de alguna de las partes o de su representante o apoderado, dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
4. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, curador, consejero o administrador de bienes de cualquiera de las partes.
5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.
6. Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado.
7. Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal o disciplinaria contra el juez, su cónyuge o compañero permanente, o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, antes de iniciarse el proceso o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación.
8. Haber formulado el juez, su cónyuge, compañero permanente o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, denuncia penal o disciplinaria contra una de las partes o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil o víctima en el respectivo proceso penal.
9. Existir enemistad grave o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado.



10. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, o primero de afinidad, acreedor o deudor de alguna de las partes, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito, sociedad anónima o empresa de servicio público.
11. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las partes o su representante o apoderado en sociedad de personas.
12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.
13. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las partes, antes de la iniciación del proceso.
14. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar.

De la misma manera, el artículo 55 de la Ley 734 de 2002, establece que los conciliadores están sometidos al régimen de faltas, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses de los funcionarios judiciales.

Todo lo anterior, tiende a garantizar un tratamiento imparcial, equitativo y neutral de un conciliador frente a las partes con un interés en una audiencia de conciliación; corresponderá a la conciencia y madurez profesional del conciliador, quien, conociendo de los hechos, peticiones y nombres de las partes en una solicitud de conciliación, corroborar que en su persona no exista adecuación alguna a las causales de impedimento y recusación.

Corresponderá al director del centro de conciliación decidir sobre ellas, no limitándose exclusivamente cuando exista una recusación o impedimento manifestado por una parte o el conciliador, sino también, consistiendo en un control oficioso sobre los conciliadores nombrados, e incluso, a manera preventiva, cuando delega a los docentes asesores del área la función de asignar casos, de acuerdo al procedimiento de elección establecido en cada centro, y evitando la asignación a quienes puedan comprometer su imparcialidad y



neutralidad para un asunto en particular, de esta manera garantizando la aplicación en su centro del código de ética.

Anteriormente, se dijo que la posición imparcial que se le exige al conciliador era frente a las partes, pero llama la atención en que no solo es frente a éstos, sino también frente a sus apoderados o representantes, incluso, si para el caso existe un interés directo o indirecto. Y vale la pena hacer la aclaración, porque pese a que son las partes del conflicto quienes tienen un rol activo en éste, tomando éstas la decisión de dirimir o no la disputa, el papel del conciliador como mediador dentro de la audiencia permea a los asistentes de una reflexión aparentemente objetiva, generando una posición “conforme a derecho” que puede ser crucial para el resultado de la audiencia, papel que puede estar condicionado a buscar la favorabilidad para alguna de las partes o de sus representantes.

En el supuesto que un caso supere la cuantía para ser conciliador un estudiante y deba de ser nombrado un abogado, al igual que con el estudiante deberá actuar con dignidad, decoro, con perspectiva moral y principios inquebrantables, incluso, aunque haya sido propuesto su nombre para tal cargo por el solicitante o su apoderado de la audiencia, se mantiene el deber evaluar con coherencia la idoneidad que de él se debe predicar, tanto formativa como éticamente.

Haciendo un llamado a esa ética del conciliador, traemos a colación el quinto mandamiento del abogado (Couture, s.f.) “sé leal” que, analógicamente por su rol, aplica también para el conciliador, en tanto se debe de ser leal para con los clientes, pero también para con las partes que confían en el conciliador, y en él dignifican su conflicto, y leal al derecho y al ordenamiento jurídico que en su día a día invocan. En palabras del Magister Harbey Peña Sandoval (2009)

(...) este tema de los impedimentos e inhabilidades va más allá de las normas legales, entra en el campo de la ética, el conciliador debe ser neutral e imparcial y no solo serlo, sino parecerlo, es decir, no debe existir duda de la neutralidad del conciliador. Recordemos lo que decían los romanos: *Non omne quod licet honestum, est*, no todo lo lícito es honesto, un conciliador puede no estar inhabilitado legalmente, pero sí éticamente.



En el desarrollo de la práctica de los estudiantes adscritos a un centro de conciliación de consultorio jurídico, nos podemos enfrentar a algunas situaciones que pueden originar un impedimento para asumir el rol de conciliador, a saber:

- A. En el consultorio jurídico, a los usuarios se les recepciona el caso, bien sea por estudiantes o por docentes; posteriormente se determina si el caso solamente será admitido para conciliación o si, por el contrario, requerirá de un proceso judicial que puede incluir la conciliación por tratarse de un asunto conciliable.

En el primer caso, en el Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico Pío XII, el docente asesor del centro nombrará a un estudiante en calidad de gestor para que elabore la solicitud de conciliación, posteriormente se nombra a un conciliador, de acuerdo a la cuantía (estudiante o abogado) y se fija con éste la fecha y hora de la audiencia.

En el segundo caso, el asunto se remite al área de civil, donde sus asesores nombrarán a un estudiante para tramitar todo el proceso, incluyendo la solicitud de conciliación, con el visto bueno del docente asesor quien suscribirá la solicitud y la demanda, obrando como apoderado. El estudiante asume entonces un rol como dependiente judicial de su asesor, pero es quien asiste a la audiencia de conciliación programada, ostentando un rol activo y protagónico, asesorando dentro de la audiencia a su usuario.

En cualquiera de los dos casos, el docente asesor del Centro de Conciliación deberá constatar que la persona designada como conciliador no haya tenido la función de asesorar al usuario durante la entrevista inicial cuando recién se acercó al consultorio, que tampoco sea el estudiante que haya tramitado ante el centro la solicitud de conciliación; y en caso de nombrarse como conciliador a un abogado, deberá verificar que éste no haya sido el docente encargado de la misma entrevista ni el que haya asesorado al estudiante para la elaboración de la solicitud de conciliación. Esto es así, para no incurrir en la décimo segunda causal relativo a los impedimentos.

Eventualmente, ante la inasistencia o tardanza injustificada del conciliador para la audiencia de conciliación, y contando con la comparecencia de todas las partes, será el docente asesor del Centro de Conciliación quien asumirá la



dirección de la audiencia, lo que nos plantea entonces la inquietud de si éste por haber asesorado al estudiante en la tramitación de la solicitud estaría inmerso en la mencionada causa de impedimento. Es claro que no existiría impedimento alguno toda vez que el asesor del Centro de Conciliación solamente se encarga de brindar una asesoría respecto de los requisitos académicos formales, así, al gestor se le indica qué debe contener una solicitud y con qué documentos acompañarla, al conciliador se le indica las etapas de la audiencia y cómo debe desempeñar su papel, más no se discute con ninguno de ellos estrategias de litigio ni se hacen juicios de valor, lo que garantiza que el docente a pesar de que tiene conocimiento del caso no está permeado de algún tipo de interés en favorecer a alguna de las partes, estudiantes gestores, apoderados o conciliadores.

- B. Por ser estudiantes de consultorio jurídico de la misma facultad y por haber compartido en los mismos claustros por alrededor de cinco años, se tejen entre ellos vínculos de amistad o de enemistad, que podrían dar lugar a la causal novena sobre la amistad íntima y enemistad profunda entre el conciliador, las partes y/o sus apoderados, en este caso el docente asesor que los nombra desconoce el nivel de intensidad de las relaciones interpersonales de los estudiantes que tendrán un rol activo dentro de la audiencia. El conciliador nombrado, se dará cuenta de este hecho al momento de su posesión pues se le pone en conocimiento la solicitud de conciliación, donde observará quienes son partes, gestores o apoderados, y es en ese momento donde deberá manifestar el impedimento, argumentando el grado de amistad o enemistad con su compañero.

Un impedimento sobreviniente se daría si al momento de instalar la audiencia, el conciliador observa que la parte o el apoderado que se presente para la audiencia tiene una relación de amistad o enemistad con éste, y no había sido identificado como tal por parte del conciliador solo con el nombre. En este caso el conciliador deberá abstenerse de instalar la audiencia y tendrá que manifestar su impedimento ante el director del centro de conciliación para que este proceda, en caso de que no lo haga, las partes o apoderados podrán recusarlo bajo el mismo argumento.

Para sustentar lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2017), declaró fundado el impedimento para conocer de un caso de



una magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que se declaró impedida con ocasión de amistad íntima con uno de los imputados. En tal sentido la corporación manifestó:

En torno a dicha eventualidad, ha expresado la Sala que como motivo de amistad íntima alude a una relación entre personas que, además de dispensarse trato y confianza recíprocos, comparten sentimientos y pensamientos que hacen parte del fuero interno de los relacionados, se ha admitido con cierta flexibilidad esta clase de expresiones impositivas, merced a su marcado raigambre subjetivo, sólo a cambio de que el funcionario diga con claridad los fundamentos del sentimiento de transparencia y seguridad que quieren transmitir a las partes y a la comunidad, a fin de que el examen de quien deba resolver no sea un mero acto de cortesía sino la aceptación o negación de circunstancias que supuestamente ponen en vilo la imparcialidad del juicio.

Para ejemplificar esta situación, identificaremos las experiencias afrontadas al interior de los centros de conciliación:

Hemos tenido como parte convocante a empleados de institución, personas que directamente han trabajado en el consultorio jurídico, como vigilantes o secretarías, e incluso, estudiantes; en estas audiencias han actuado como conciliadores otros estudiantes o abogados, quienes no se declararon impedidos pese a conocer o reconocer por el trato y diálogo diario y constante a esta parte, cercanía que no determina amistad íntima o enemistad profunda, ya que dicha causal depende de la subjetividad y los argumentos que para declararla o no tenga el implicado, tanto es así, que será el director del centro de conciliación quien determinará si el impedimento o la recusación prospera.

- C. Ahora, hay unas causales de impedimento del artículo 141 del estatuto procesal mencionado que, aunque son muy claras, también es cierto que son de difícil control por parte del Centro, toda vez que no consiste en información pública ni se solicita en las hojas de vida de los conciliadores, no se pide el nombre del cónyuge o compañero permanente, o personas con las que se tenga parentesco, y aunque se pidiera, no es un dato de fácil recordación, lo que impediría la recusación oportuna siendo éticamente responsable el conciliador desig-



nado en informar dicha situación, aunque las partes lo desconozcan. Pese a lo anterior el resultado de esta diligencia no podría ser atacado vía nulidad, en tanto, posterior a su finalización, algunas de las partes o apoderados tengan conocimiento del vínculo entre el conciliador y las contrapartes y/o sus apoderados alegando que fueron inducidos a error premeditado por el conciliador, toda vez que el resultado de la audiencia se plasma en un documento suscrito por los intervinientes con su previa aquiescencia.

La recusación al conciliador deberá de realizarse entonces, dentro del procedimiento conciliatorio que termina con la firma del acta o constancia, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 142 del Código General del Proceso.

Además, el conciliador puede ser objeto de proceso disciplinario según la Ley 1123 de 2007 por incumplimiento de sus deberes, y así mismo, de acuerdo con el código de ética de su centro de conciliación.

Adicional a las causales previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso, a los conciliadores se les consagra una inhabilidad especial, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 640 de 2001, en tanto se les prohíbe actuar como árbitros, asesores o apoderados de parte en las audiencias de conciliación en cualquier proceso judicial o arbitral durante un año a partir de la expiración del término previsto para la misma, o permanentemente para la causa en la que haya intervenido como conciliador, pudiéndose realizar la recusación en cualquier momento de un eventual proceso judicial de acuerdo con el artículo 142 del Código General del Proceso, además de ser susceptible de las diversas sanciones disciplinarias.

Conclusiones

El nombramiento de un conciliador, aunque sea un trámite netamente administrativo, pues se hace conforme a las listas y al orden establecido, lleva inmerso un control de legalidad previo de acuerdo a los elementos de convencimiento que posee el asesor o el funcionario, quien procura garantizar la transparencia e independencia del actuar del centro de conciliación, así enton-



ces, si un conciliador omite declararse impedido de acuerdo al caso, no será el centro el determinante de dicha causa ni tendrá responsabilidad alguna.

Como abogados o conciliadores, se nos exige actuar con suprema honestidad, incluso, en lo más íntimo y cotidiano, ello es así, porque quienes cumplimos con estos roles, somos sinónimo de justicia porque abogamos por ella, por lo que estamos llamados a fortalecer la credibilidad en una profesión y en un papel que toma gran auge en la construcción pacífica de la sociedad contemporánea.

El conciliador está llamado a actuar conforme a la ley y la ética, declarándose impedido cuando sea el caso para no violentar los principios de neutralidad e imparcialidad que se predicen de la conciliación y de las actuaciones jurisdiccionales y administrativas, so pena de acarrear sanciones disciplinarias de acuerdo con el código de ética de cada centro y al Código Disciplinario del Abogado.

Referencias bibliográficas

- AP4097-2017, 50559 M.P. Patricia Salazar Cuéllar (28 de Junio de 2017). Recuperado el 17 de Abril de 2018, de <https://abogadoraimundotello.com/amistad-intima-causal-impedimento-recusacion/>
- Arboleda López, A. P. (2014). La conciliación. una mirada desde la bioética y la virtud de la prudencia. *Revista Lasallista de Investigación*, 11(2), 192-202.
- Arboleda López, A. P., Garcés Giraldo, L. F., Murillo Bocanegra, J., & Pineda Carreño, M. (2017). Principios, habilidades y virtudes para el conciliador en Derecho. *Pensamiento Américano*, 10(1), 189-198.
- Arenas Correa, J. (2015). Asistencia a Audiencias de Conciliación Extrajudicial en Derecho. *CES Derecho*, 6(2).
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. París. Recuperado el 17 de Abril de 2018, de http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/1_Universales/B%E1sicos/1_Generales_DH/1_Declaracion_Universal_DH.pdf
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado el 17 de



- Abril de 2018, de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Asamblea Nacional Constituyente. (6 de Julio de 1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá D.C. Recuperado el 17 de Abril de 2018, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#1
- Congreso de la República de Colombia. (7 de Julio de 1998). Ley 446. Bogotá D.C. Recuperado el 17 de Abril de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3992>
- Congreso de la República de Colombia. (5 de Febrero de 2002). Ley 734. Bogotá D.C. Recuperado el 17 de Abril de 2018, de <http://www.alcaldia-bogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4589>
- Congreso de la República de Colombia. (22 de Enero de 2007). Ley 1123. Bogotá D.C. Recuperado el 17 de Abril de 2018, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1123_2007.html
- Congreso de la República de Colombia. (12 de Julio de 2012). Ley 1564. Bogotá D.C. Recuperado el 17 de Abril de 2018, de <http://www.alcaldia-bogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48425>
- Congreso de la República de Colombia. (5 de Enero de 2001). Ley 640. Bogotá D.C. Recuperado el 17 de Abril de 2018, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html
- Couture Echeverry, E. J. (s.f.). El decálogo del Abogado. Recuperado el 17 de Abril de 2018, de <https://www.fder.edu.uy/node/20>
- Hernández Tous, A. (2014). Inconstitucionalidad de algunas normas sobre materia conciliable por violar el derecho de acceso a la Administración de Justicia y la autonomía privada. *Opinion Jurídica*, 13(25), 155-174.
- Hernández Villarreal, G. (2002). Aspectos procesales de la conciliación extrajudicial en derecho en el área civil. *Estud. Socio-Juríd*, 4.
- Hinestroza Sánchez, S. R., Mejía Pulgarín, S. L., & Ortiz Cano, G. A. (2012). *Manual de Procedimiento para la realización de la práctica obligatoria en el Consultorio Jurídico Pío XII y su Centro de Conciliación*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Hinestroza Sánchez, S. R., Mejía Pulgarín, S. L., & Ortiz Cano, G. A. (2015). *Régimen normativo de los consultorios jurídicos y sus centros de conciliación. Disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y jurisprudenciales*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Londoño Jaramillo, M. (2007). Deberes y derechos procesales en el Estado



- Social de Derecho. *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, 6, 67-86.
- Merlano Sierra, J. (2010). La responsabilidad jurídica de abogados y administradores de justicia en el Derecho colombiano. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 33, 96-120.
- Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia. (10 de Agosto de 2010). Línea Institucional de la Conciliación. Bogotá D.C., Colombia. Recuperado el 17 de Abril de 2018, de https://auladigital.upb.edu.co/pluginfile.php/314530/mod_resource/content/1/L%C3%ADnea%20Institucional%20.pdf
- Montoya Sánchez, M. Á., & Salinas Arango, N. A. (2016). La conciliación como proceso transformador. *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, 15, 127-144.
- Peña Sandoval, H. (2010 de Mayo de 2009). *www.mediate.com*. Recuperado el 18 de Abril de 2018, de https://www.mediate.com/articles/procedimiento_conc_en_colombia_parte_3.cfm#bio
- Ramírez García, H. (2008). Derecho y ética: Convergencias para la formación jurídica. *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 17.
- Ramírez Torrado, M. L., Illera Santos, M. d., & Llinás Solano, H. (2012). Los centros de conciliación: su percepción, conocimiento y uso por parte de los ciudadanos de Barranquilla. *Civilizar*, 35-48.
- Rector General de la Universidad Pontificia Bolivariana. (2016). *Resolución Rectoral General No. 44, por medio de la cual se dicta el Reglamento Interno del “Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación Pío XII”*. Medellín.
- Sayas Contreras, R. E. (2008). Conciliaciones formales vs. conciliación. *Opinión Jurídica*, 7(13), 113-137.
- Velásquez Posada, H. (2012). El trabajo social de los consultorios jurídicos: ¿necesidad u obstáculo? *Facultad de derecho y ciencias políticas*, 42, 51-76.



¿Quién puede abogar por los derechos de las partes en una audiencia de conciliación?

Sol Leonor Mejía Pulgarín¹; María Isabel Ortiz Cano²

Resumen

En los distintos centros de conciliación, corresponde al conciliador en ejercicio de su función analizar la calidad de las partes asistentes a las audiencias y su debida representación, mediante el estudio de poderes, sustituciones, certificados de existencia y representación legal, escrituras públicas y documentos de identificación.

En el desarrollo del presente texto, se explicarán las diferentes situaciones que pueden presentarse sobre la representación de parte dentro de una audiencia de conciliación, por ejemplo, cuando una de ellas es menor de edad, persona jurídica, el apoderado no abogado, entre otras.

Palabras clave: derecho de postulación, facultad para disponer del derecho en litigio, audiencia de conciliación, conciliador, presentación personal.

Introducción

Se justifica este artículo, sobre el derecho de postulación y sus requisitos formales dentro de la audiencia de conciliación extraprocesal, desde el punto de vista académico formativo, máxime en el caso de los estudiantes de los consultorios jurídicos, porque se enfrentan por primera vez como actores ac-

1 Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana, especialista en derecho del trabajo y de la seguridad social, Magister en derecho de la misma universidad. Docente titular del área laboral del Consultorio Jurídico Pío XII de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. E-mail: sol.mejia@upb.edu.co

2 Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana y especialista en derecho comercial de la misma universidad. Docente asistente del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico Pío XII de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. E-mail: Mariaisabel.ortiz@upb.edu.co



tivos en procedimientos de mecanismos alternativos de solución de conflictos, incluso, procesos judiciales, en donde dado a la cuantía pueden actuar como conciliadores, es decir, como administradores de justicia transitorios de conformidad con los enunciados constitucionales, siendo los responsables de verificar la legitimación para actuar dentro de la audiencia por quienes sean parte del conflicto o sus apoderados.

Además, se pretende profundizar y aclarar sobre los conocimientos teóricos que tienen los estudiantes de derecho e incluso abogados, cuando en la práctica actúan en una audiencia de conciliación y deben verificar el otorgamiento de los poderes y su sustitución, contrastado con las exigencias y requisitos procesales que acarrea la práctica profesional del abogado y del conciliador.

Se describen las deficiencias identificadas en los poderes exhibidos por los apoderados para la celebración de la audiencia de conciliación, lo que conlleva a una inadecuada representación de cada parte, y que podría acarrear una inasistencia al procedimiento conciliatorio, generando consecuencias negativas.

Partiendo de la doble experiencia como docentes asesores y conciliadores, -teniendo en cuenta que en múltiples oportunidades los citados requieren ser representados dentro de la diligencia- tal representación implica otorgamiento de poderes o sustitución de los mismos, o el documento contentivo de su calidad de representante legal, quedando de esta forma inmersos en las diversas interpretaciones del artículo 74 del Código General del Proceso a la luz del principio de flexibilidad predicado de la conciliación extraprocesal, por lo cual esta investigación será de *lege ferenda*. (Courtis, 2006)

Desarrollo

De conformidad con el Decreto 196 de 1971, en su artículo 30, modificado por la Ley 583 de 2000, en su artículo 1, establece la obligatoriedad de que los estudiantes de los dos últimos años de la carrera de derecho realicen la práctica en el denominado consultorio jurídico, los cuales tendrán su propio centro de conciliación (Decreto 1829 de agosto 27 de 2013), los cuales se han comprometido con la resolución pacífica de los conflictos de la sociedad en estado de vulnerabilidad, con la ideología de descongestión judicial y el acceso a la administración de justicia.



Con la Ley 640 de 2001, se incrementó el flujo de casos, ofreciendo en los centros de conciliación de consultorio jurídico, de manera gratuita, los servicios de conciliación a las personas naturales de escasos recursos que necesitaban la audiencia de conciliación para agotar el requisito de procedibilidad y así, acceder a la jurisdicción.

La Ley 640 de 2001 en su artículo 11, numerales uno y dos, reza:

Artículo 11. Centros de conciliación en consultorios jurídicos de facultades de derecho. Los consultorios jurídicos de las facultades de derecho organizarán su propio centro de conciliación. Dichos centros de conciliación conocerán de todas aquellas materias a que se refiere el artículo 65 de la Ley 446 de 1998, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Los estudiantes podrán actuar como conciliadores sólo en los asuntos que por cuantía sean competencia de los consultorios jurídicos.
2. En los asuntos que superen la cuantía de competencia de los consultorios jurídicos, los estudiantes serán auxiliares de los abogados que actúen como conciliadores (...)

Así entonces, los centros de conciliación de los consultorios jurídicos forman a los estudiantes para desenvolverse de manera idónea como conciliadores, bajo los mismos parámetros en que lo haría un abogado conciliador en ejercicio; una vez reciben el caso y lo han estudiado y preparado en debida forma, llegado el día de la audiencia deberán dirigirla y solicitar a las partes presentes el documento de identificación y poderes si es el caso. Es ahí donde encontramos un abanico de posibilidades, toda vez que se puede presentar las siguientes situaciones frente a la representación legal:

- A. Persona citada que resulte ser menor de edad: en el caso particular de un padre o madre adolescente, el conciliador deberá solicitar documento de identidad, una vez establecida la edad de la parte compareciente, indagar si se encuentra presente el representante legal del adolescente, que para este caso podrá ser padre y/o madre o guardador, de acuerdo con los artículos 53 y 54 del Código General del Proceso, los cuales rezan:



Artículo 53. Capacidad para ser parte. Podrán ser parte en un proceso:

1. Las personas naturales y jurídicas.
2. Los patrimonios autónomos.
3. El concebido, para la defensa de sus derechos.
4. Los demás que determine la ley.

Artículo 54. Comparecencia al proceso. Las personas que puedan disponer de sus derechos tienen capacidad para comparecer por sí mismas al proceso. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes o debidamente autorizadas por estos con sujeción a las normas sustanciales.

Cuando los padres que ejerzan la patria potestad estuvieren en desacuerdo sobre la representación judicial del hijo, o cuando hubiere varios guardadores de un mismo pupilo en desacuerdo, el juez designará curador ad litem, a solicitud de cualquiera de ellos o de oficio.

Las personas jurídicas y los patrimonios autónomos comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos. En el caso de los patrimonios autónomos constituidos a través de sociedades fiduciarias, comparecerán por medio del representante legal o apoderado de la respectiva sociedad fiduciaria, quien actuará como su vocera.

Cuando la persona jurídica demandada tenga varios representantes o apoderados distintos de aquellos, podrá citarse a cualquiera de ellos, aunque no esté facultado para obrar separadamente. Las personas jurídicas también podrán comparecer a través de representantes legales para asuntos judiciales o apoderados generales debidamente inscritos.

Cuando la persona jurídica se encuentre en estado de liquidación deberá ser representada por su liquidador.

Los grupos de personas comparecerán al proceso conforme a las disposiciones de la ley que los regule.

Los concebidos comparecerán por medio de quienes ejercerían su representación si ya hubiesen nacido.

No obstante, sin estar presente alguno de estos, el conciliador podría dar inicio a la audiencia de conciliación con la comparecencia del padre o madre menor de edad no representado en la audiencia amparado en el interés su-



perior del niño de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia de 1991], los artículos 6 y 8 de la Ley 1098 de 2006 y a los principios de informalidad y flexibilidad de la conciliación extrajudicial (Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia, 2010).

A manera de ejemplo traemos a colación un caso admitido en el Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico Pío XII, donde la solicitud de audiencia fue invocada por el padre del niño, solicitando la revisión de una cuota alimentaria fijada inicialmente por una Comisaría de Familia. A la audiencia de conciliación se citó a la abuela materna del niño, quien previo a la diligencia justificó su inasistencia, manifestando que acudiría la madre del niño que aún era adolescente.

Finalmente, se llegó a un acuerdo, en donde el padre fue quien se obligó al pago de una cuota alimentaria en favor de su hijo menor de edad. Surge algunas inquietudes ¿en caso en que se hubiera reducido la cuota para el niño se estarían vulnerando sus derechos o se estaría haciendo justicia social, ya que las condiciones económicas del alimentante pueden haber cambiado?, ¿sería susceptible de nulidad el acta de conciliación?

En caso contrario, y la parte llamada a obligarse estuviese representada en la audiencia por un menor de edad, no podría procederse de la manera descrita anteriormente, toda vez que carecería de facultad dispositiva; así las cosas, el conciliador no podría iniciar la audiencia, y debería reprogramarla requiriendo la presencia del representante legal del menor de edad, por ejemplo, cuando se trate de un joven involucrado en un accidente de tránsito.

- B. En caso de que alguno de los sujetos en conflicto tenga como domicilio, un municipio diferente al lugar donde se realiza la audiencia de conciliación o encontrándose en el exterior, la parte podrá ser representada por un apoderado, no exigiéndose la comparecencia de quien le confirió poder, todo esto de acuerdo con el artículo primero, párrafo segundo de la Ley 640 de 2001:

...Parágrafo 2o. <Parágrafo modificado por del artículo [620](#) de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las partes deberán asistir personalmente a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado. Con todo, en aquellos eventos en los que el



domicilio de alguna de las partes no esté en el municipio del lugar donde se vaya a celebrar la audiencia o alguna de ellas se encuentre por fuera del territorio nacional, la audiencia de conciliación podrá celebrarse con la comparecencia de su apoderado debidamente facultado para conciliar, aun sin la asistencia de su representado.

Así pues, que, si el conciliador tiene noticia que la parte o su representante legal, en caso de ser persona jurídica, sí se encuentra domiciliado en el municipio donde tenga lugar la audiencia, mediante lectura que haga el conciliador del certificado de existencia y representación legal, aunque se haya hecho presente un apoderado con facultades expresas para conciliar y disponer del derecho en litigio, el resultado de la audiencia debería de ser su inasistencia. Frecuentemente esto sucede cuando la parte citada a una audiencia de conciliación es una aseguradora. Por lo general las aseguradoras tienen varios domicilios a través de sucursales debidamente constituidas, teniendo cada una un representante legal. Así entonces, si se cita al representante legal de una sucursal en Medellín de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de la compañía, debería de comparecer el representante legal, no obstante, la generalidad es que asiste únicamente un apoderado mediante otorgamiento de poder especial, quien no podría actuar dentro del trámite, toda vez que dicho poder es inadmisibles. A esta circunstancia le cabe una excepción cuando se trata de apoderado general registrado en el certificado de existencia y representación legal.

Sin embargo, para el caso de los patrimonios autónomos constituidos a través de sociedad fiduciarias, comparecerán por medio del representante legal o apoderado de la sociedad fiduciaria, de acuerdo con el artículo 54 del Código General del Proceso, en tanto expresamente se considera una excepción a lo establecido en la Ley 640 de 2001, porque faculta a la entidad fiduciaria para que determine quién asista a la diligencia.

Lo anterior, constituye la posición de las autoras de acuerdo con un análisis exegético de la norma, que se aleja de la posición orientadora de la Dirección de Métodos de Solución de Conflictos del Ministerio de Justicia, que afirma:

Sobre el alcance del parágrafo 2 del artículo 1° de la Ley 640 de 2001, este Ministerio quiere hacer énfasis en una interpretación y aplicación integral que permita cumplir con los principios de la concilia-



ción tales como la flexibilidad, celeridad y eficiencia ya que en principio son las partes las que deben asistir directamente a la audiencia de conciliación; sin embargo, en determinados casos en los cuales por motivos razonables una de las partes citadas no puede asistir y faculta a su abogado con poder general o especial para que lo represente, se deberá permitir que éste cumpla con la función para la cual fue habilitado y se realice la audiencia de conciliación sin presencia de su poderdante. (Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, 2018).

- C. En caso de asistir un apoderado, tanto para persona natural o jurídica, citante o citado, cuya presencia sea admisible, mediante poder especial o general, este debe de tener facultad expresa para conciliar y disponer del derecho en litigio, no contar con un poder en el cual se exprese dicha facultad, se entenderá que no hay una debida representación, por lo tanto, habría también inasistencia. Este análisis lo tendrá que realizar el conciliador con la lectura del poder o del certificado de existencia y representación legal donde figure dicha facultad, a la luz de los requisitos formales para el otorgamiento del poder contenidos en el artículo 74 del Código General del Proceso.

El poder que otorgue facultades a un apoderado podrá ser general, para cualquier tipo de proceso y se expide mediante escritura pública, o especial, el cual se otorga para asuntos concretos, se limitan exclusivamente a lo autorizado, siendo dirigidos a un respectivo funcionario, ya sea en trámites judiciales o extrajudiciales, como las audiencias de conciliación, con la respectiva presentación personal del otorgante ante notario, apoyo judicial o juzgado, o de manera verbal dentro de la diligencia. Si se trata de poderes otorgados en el exterior, estos deben ser ante el cónsul o realizando apostillaje del documento y la respectiva traducción, cuando se requiera, de conformidad con el artículo 251 del Código General del Proceso. Los poderes tienen que ser otorgados por la parte interesada en el conflicto, y en caso de ser una persona jurídica, quien otorgue el poder deberá ser el representante legal, cumpliendo con los requisitos aquí mencionados.

Adicionalmente, la era digital que ha permeado a la legislación, de acuerdo con el penúltimo inciso del artículo 74 del Código General del Proceso, los poderes especiales podrán ser conferidos mediante mensaje de datos con



firma digital, por lo cual, no se requerirá de su exhibición física, circunstancia que es aplaudible, en tanto permite dar inicio a la audiencia de conciliación de acuerdo a los principios de flexibilidad e informalidad pregonados y en concordancia con el artículo 244.

Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.” (Cursivas y subraya por fuera del texto).

Sobre lo anterior, se consultó a la Dirección de Métodos de Solución de Conflictos, cómo proceder ante una situación en que no asista el representante legal de una persona jurídica por tener domicilio diferente al lugar de celebración de la audiencia, pero asiste un abogado exhibiendo un poder con firma digital y sin presentación personal, o con enmendaduras. Al respecto, la Dirección manifestó que:

[... consideramos que, si bien el poder especial puede ser conferido a través de documento privado, el mismo debe ser presentado ante el juez, la oficina judicial de apoyo o el notario para el posterior reconocimiento del conciliador...”



...” Asimismo, nos permitiremos transcribir el concepto DAJ-500-12919 del 22 de septiembre de 2004, en el cual esta Cartera hace un análisis respecto al reconocimiento de los apoderados de las partes en la conciliación y el cual, a pesar del cambio normativo, consideramos aplicable en razón a la presentación personal que debe hacer el poderdante.

“En relación con la posibilidad que tienen los conciliadores de reconocer personería a los apoderados de las partes en las conciliaciones, por organización y para efectos metodológicos primero se presentan las normas que rigen la materia:

“El Artículo 76 de la Ley 23 de 1991 dice:

‘Artículo 76. La conciliación tendrá carácter confidencial. Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva y las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen, no incidirán en el proceso subsiguiente cuando éste tenga lugar.

A la conciliación las partes podrán concurrir con o sin apoderado.”
(El subrayado es nuestro).

“Los parágrafos 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 640 dicen:

‘Parágrafo 2º. Las partes deberán asistir a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado.

‘Con todo, en aquellos eventos en los que el domicilio de alguna de las partes no esté en el circuito judicial del lugar donde se vaya a celebrar la audiencia o alguna de ellas se encuentre fuera del territorio nacional, la audiencia de conciliación podrá celebrarse por intermedio de apoderado debidamente facultado para conciliar, aún sin la asistencia de su representado.

‘Parágrafo 3º. En materia de lo contencioso administrativo el trámite conciliatorio, desde la misma presentación de la solicitud deberá hacerse por medio de abogado titulado quien deberá concurrir, en todo caso, a las audiencias en que se lleve a cabo la conciliación.’



“El artículo 67 del Código de Procedimiento Civil dice:

‘Artículo 67. Reconocimiento de apoderado. Para que se reconozca la personería de un apoderado es necesario que éste sea abogado inscrito y que haya aceptado el poder expresamente o por su ejercicio.’

“Sobre el poder el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil establece:

‘Artículo 65. Poderes. Los poderes generales para toda clase de procesos y los especiales para varios procesos separados sólo podrán conferirse por escritura pública. En los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no puedan confundirse con otros.

‘El poder especial para un proceso puede conferirse por escritura pública o por memorial dirigido al juez del conocimiento, presentado como se dispone para la demanda. (...)’.

“Por otro lado, el conciliador en la audiencia de conciliación una de sus funciones como administrador de justicia habilitado por las partes de manera transitoria es identificar a las personas que asisten, y ello conlleva en el evento de la asistencia de un apoderado el reconocimiento de la personería para su actuación. Así las cosas, este Ministerio resalta la importancia que tiene aplicar el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil en la conciliación extrajudicial en derecho, ya que le corresponde al conciliador verificar y estudiar el poder otorgado al abogado inscrito en concordancia con las exigencias del Artículo 65 del mismo Código.

“El reconocimiento de la personería al apoderado en la audiencia de conciliación se debe hacer en la correspondiente acta de conciliación o constancia de manera expresa en el aparte relativo a la identificación de las partes, dicho aspecto que se entiende exigido en el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 640 de 2001.



Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta el concepto del reconocimiento de la personería al abogado, respecto a la cual, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional dicen:

(...) los apoderamientos se perfeccionan con la escritura pública o escrito privado presentado en debida forma, esto es, presentado personalmente ante el despacho o presentado ante notario y entregado al despacho pertinente (arts. 65, inciso 2o., y 84 C.P.C.), sin que sea necesario el auto de reconocimiento de personería para su perfeccionamiento para adquirir y ejercer las facultades del poder. Porque si éste puede ejercerse antes del auto de reconocimiento y su “ejercicio” debe dar lugar posteriormente a la expedición de dicho auto (art. 67 C.P.C.), es porque se trata de una decisión positiva de reconocimiento simplemente declarativa y no constitutiva, esto es, que solo admite el poder que se tiene, pero no es el que le da viabilidad a su ejercicio. Con todo, cualquier irregularidad que sobre el particular pueda cometerse, los interesados pueden acudir a los medios procesales pertinentes para remediarlos, como los de nulidad, etc. (...).

“La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia que se revisa, precisó el carácter de este reconocimiento, y dijo que es simplemente un acto declarativo y no una decisión constitutiva. Es, en otras palabras, el reconocimiento, por parte del funcionario judicial, de que un apoderado efectivamente lo es.” (La negrilla es original del texto).

“En conclusión, el conciliador puede reconocer la personería al abogado que actúa como representante de una de las partes en el acta o constancia correspondiente; sin embargo, dicho reconocimiento no es constitutivo, ya que el apoderamiento se perfecciona con la escritura pública o escrito privado que cumpla con los requisitos del artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, en razón a que el acto al cual se acude es de administración de justicia (...) “(...)Otro aspecto es la exigencia para el poder del abogado, general o especial, que establece el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil en relación con la presentación personal como se dispone para la demanda, es decir, mediante comparecencia personal ante el secretario de cualquier despacho judicial, o ante notario de cualquier círculo.



“Al respecto este Ministerio considera que dicho requerimiento sí es aplicable a la conciliación en los casos donde se otorgue poder a un abogado para que represente a una de las partes, pues éste debe tener presentación personal, ya que la labor que se cumple es de administración de justicia como lo dispone la Constitución.

“Además, como lo define la Corte Constitucional en la Sentencia C-012 de 2002: “La presentación personal (...) tiene como finalidad demostrar la existencia del autor del documento y la certeza de su contenido. Gracias a ese reconocimiento, el documento adquiere plena autenticidad y fecha cierta (...)” y en la Sentencia C-562 de 2000 la Corte precisó: “la diligencia de presentación personal del escrito ante juez o notario es la única manera de darle autenticidad al mismo y, en esa medida, de conocer con certeza que el documento proviene de quien aparece enviándolo. (...)”]

- D. Si el poder presentado va dirigido a otro centro de conciliación o conciliador, pero el nombre de las partes, la fecha y hora de la diligencia y radicado son correctos, si la parte asiste con el apoderado, el interesado de manera verbal podrá ratificar dentro de la audiencia el poder que inicialmente ha conferido, pero si no asiste, será el conciliador quien determine en aras de la flexibilidad, pudiendo consultar con la otra parte, si admite o no dicho poder, dejando evidencia de ellos en el acta, constancia o diligencia de suspensión.
- E. Puede ocurrir también que alguna parte, ya sea citante o citada, otorguen poder a una persona no abogado para que los represente dentro de la diligencia, ya sea de manera verbal, dentro de la misma, o de manera escrita. Al respecto, nos permitimos citar al Dr. Hernando Devis Echandía, quien se pronunció sobre el derecho de postulación advirtiendo que este es “el derecho que se tiene para actuar en los procesos, como profesional del derecho, bien sea personalmente en causa propia o como apoderado de otra persona” (Auto 095, 1994); así entonces, tenemos que los poderes se otorgan a abogados, para que este pueda comparecer ante escenarios jurisdiccionales como lo es la conciliación, facultándolos para obrar en nombre de otro. Incluso, por más que una parte autorice a un tercero no abogado para que lo represente, aunque conozca de propia mano el asunto, no habría una correcta representa-



ción de parte, por lo cual, su participación en la audiencia debería de ser reprobada por el conciliador, quien a su inicio deberá de constatar la calidad de apoderado que tenga una persona dentro de la audiencia, solicitando la exhibición de su respectiva tarjeta profesional, recalcan-do además, la presencia indispensable de las partes si es que el lugar de realización de la audiencia corresponde a su domicilio. Como en efecto sucedió en una audiencia de conciliación donde la parte citada era una agencia de arrendamiento con domicilio en Medellín, a la di-ligencia no se hace presente su representante legal, quien previo a la audiencia otorgó poder a uno de sus empleados, no abogado, quien al llegar a la audiencia manifiesta estar actuando en representación de la agencia. Como no hubo una correcta representación de parte, incluso, por el domicilio quien debería de comparecer era el mismo representante legal, el conciliador decidió no abrir la audiencia, llamar al representante legal para que este asistiese personalmente y esperar a su arribo, con la venia de la parte convocante.

Excepcionalmente, para el caso de las personas jurídicas, se permitirá dentro de una audiencia de conciliación la presencia de un apoderado no abogado, y esto es, cuando quien comparezca ostente la calidad de apoderado ju-dicial o para conciliar, mediante facultades otorgadas a través de una escritura pública, y se encuentre debidamente registrado en su certificado de existencia y representación legal.

- F. Es posible que cuando se ventile dentro de una audiencia de concilia-ción un asunto relativo a un contrato, y en este se haya estipulado un domicilio especial para los actos judiciales o extrajudiciales, de con-formidad con el artículo 85 del Código Civil, y este lugar corresponde a donde se encuentra ubicado el Centro de Conciliación, el concilia-dor deberá exigir la comparecencia de las partes de la audiencia, quie-nes también lo son contractualmente, quienes no pueden justificar su inasistencia por encontrarse su domicilio personal en otra municipa-lidad.
- G. Es importante que el conciliador tenga en la mira revisar en qué lugar fue otorgado el poder y en dónde se le notificó a la parte para que compareciera a la audiencia, y en donde aparece estar domiciliado de acuerdo con el poder, porque de lo anterior dependerá la admisibi-



lidad de su representación por parte de un apoderado. Supongamos entonces que una parte fue citada a una audiencia de conciliación que tendrá lugar en Medellín; se le envía una citación a Bello, donde efectivamente es recibida, y hace presentación personal del poder en Medellín y en este se manifiesta que su domicilio es Bello, el conciliador podría presumir con esto que el domicilio de la parte es la otra jurisdicción, y que de paso otorgó el poder en Medellín, razón por la cual el poder sería admisible. Pero, si esa parte fue citada en Bello, y hace presentación personal del poder en Medellín manifestando expresamente que su domicilio es Medellín o el lugar donde se otorgó el poder, no podría alegar que se encuentra domiciliado en otro lugar, y se requerirá su presencia para la audiencia.

Para efectos de este supuesto, vale recordar lo dispuesto en el Capítulo II del Título I del Libro I del Código Civil, en especial los artículos 78 y 83, que sobre el domicilio establecen:

ARTÍCULO 78: El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad.

ARTÍCULO 83: Cuando ocurran en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene; pero si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo.

- H. Sobre las sustituciones de poder existe menor discordancia, entre tanto, expresamente el artículo 74 del Código General del Proceso finalizando en su segundo inciso advierte que éstas se presumirán auténticas; ahora bien, para que la sustitución sea admisible el poder original debe estar conforme a las reglas ya señaladas, ya que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, además, el conciliador deberá de verificar que quien otorgue la sustitución tenga facultad para sustituir y que dentro de esta se transfiera la potestad al nuevo apoderado para conciliar y disponer del asunto objeto del litigio, más aun, cuando exista cadena de sustituciones.



Todos los supuestos aquí relatados describen las posibilidades de indebida representación de parte en una audiencia de conciliación, porque no cumple con los requisitos formales para su otorgamiento o porque contraría las prerrogativas de la Ley 640 de 2001. En tal sentido, consecuentemente habría una inasistencia de parte a la audiencia de conciliación, la cual debería de ser justificada idóneamente dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de realización de la audiencia, so pena de ser una conducta considerada como indicio grave en sus pretensiones o excepciones de mérito en un proceso judicial sobre el mismo asunto, salvo en materia laboral, policiva y de familia, y en caso de ser esa audiencia de conciliación requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción, el juez podrá imponer una multa de hasta dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, todo esto, de acuerdo con el artículo 22 y párrafo primero del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, que rezan:

ARTICULO 22. Inasistencia a la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho. Salvo en materias laboral, policiva y de familia, si las partes o alguna de ellas no comparece a la audiencia de conciliación a la que fue citada y no justifica su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes, su conducta podrá ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos.

ARTÍCULO 35. ...párrafo 1o. Cuando la conciliación extrajudicial sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 22 y 29 de esta ley el juez impondrá multa a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Esta multa se impondrá hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

Conclusiones

Este análisis nos ha permitido concluir que en sede de conciliación son las partes, y no sus apoderados, quienes concilian, razón por la cual no se hace exigible la compañía de un profesional en derecho que represente los intereses de la persona involucrada en un conflicto, salvo cuando se trate de concilia-



ción sobre lo contencioso administrativo, todo esto, de conformidad con el párrafo segundo del artículo primero de la Ley 640 de 2001. Con todo, si la parte desea asistir acompañado por un profesional en derecho, o que este lo represente, su designación conforme a los requisitos de ley aquí explicados.

En consecuencia, el conciliador requiere no solo conocer el caso concreto, sino tener un conocimiento holístico del derecho, y determinar con claridad y certeza jurídica si la audiencia puede o no instalarse, de tal manera que no se menoscabe el derecho que tiene la parte a una defensa técnica.

El conciliador en el ejercicio de su rol en caso de no acatar las normas aquí analizadas, puede estar inmerso en una responsabilidad penal y disciplinaria por estar ejerciendo transitoriamente funciones de administración de justicia; en consecuencia, se le sugiere al conciliador en caso de que no se acepte la postulación en los supuestos descritos, expedir una inasistencia en donde consten la situación particular presentada que argumente la inadmisión del poder o la sustitución sobre la parte que no se hizo presente porque no fue representada en debida forma, manifestando que la parte que no asiste según los parámetros aquí contemplados, tiene la posibilidad de justificar su inasistencia y solicitar la reprogramación de la audiencia.

Con todo, en virtud del principio de flexibilidad y de informalidad de la conciliación extrajudicial, el conciliador podrá en cada caso en particular sopesar el bien mayor de acuerdo con el principio de proporcionalidad e instalar la audiencia teniendo en cuenta el ánimo conciliatorio, y el perjuicio que la no realización de esta puede acarrear.

Referencias bibliográficas

- Arboleda López, A. P., Garcés Giraldo, L. F., Murillo Bocanegra, J., & Pineda Carreño, M. (2017). Principios, habilidades y virtudes para el conciliador en Derecho. *Pensamiento Américano*, 10(1), 189-198.
- Arenas Correa, J. (2015). Asistencia a Audiencias de Conciliación Extrajudicial en Derecho. *CED Derecho*, 6(2).
- Asamblea Nacional Constituyente. (6 de Julio de 1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá D.C. Recuperado el 17 de Abril de 2018, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_



politica_1991.html#1

- Auto 095, Expediente T-39.968 M.P. Jorge Arango Mejía (4 de Noviembre de 1994). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/1994/A025-94.htm>
- Congreso de la República de Colombia. (7 de Julio de 1998). Ley 446. Bogotá D.C. Recuperado el 17 de Abril de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3992>
- Congreso de la República de Colombia. (5 de Febrero de 2002). Ley 734. Bogotá D.C. Recuperado el 17 de Abril de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4589>
- Congreso de la República de Colombia. (22 de Enero de 2007). Ley 1123. Bogotá D.C. Recuperado el 17 de Abril de 2018, de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1123_2007.html
- Congreso de la República de Colombia. (12 de Julio de 2012). Ley 1564. Bogotá D.C. Recuperado el 17 de Abril de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48425>
- Congreso de la República de Colombia. (12 de Junio de 2000). Ley 583. Bogotá D.C. Obtenido de https://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-105018_archivo_pdf.pdf
- Congreso de la República de Colombia. (5 de Enero de 2001). Ley 640. Bogotá D.C. Recuperado el 17 de Abril de 2018, de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html
- Congreso de la República de Colombia. (8 de Noviembre de 2006). Ley 1098 . Bogotá D.C. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html
- Courtis, C. (2006). *El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática*. Argentina: Editorial Trotta.
- Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. (12 de Julio de 2018). Concepto OFI18-0019819-DMA-2100. Bogotá.
- Hernández Tous, A. (2014). Inconstitucionalidad de algunas normas sobre materia conciliable por violar el derecho de acceso a la Administración de Justicia y la autonomía privada. *Opinión Jurídica*, 13(25), 155-174.
- Hernández Villarreal, G. (2002). Aspectos procesales de la conciliación extrajudicial en derecho en el área civil. *Estud. Socio-Juríd*, 4.
- Hinestroza Sánchez, S. R., Mejía Pulgarín, S. L., & Ortiz Cano, G. A. (2012). *Manual de procedimiento para la realización de la práctica obligatoria en el Consulotrio Jurídico Pío XII y su Centro de Conciliación*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.



- Hinestroza Sánchez, S. R., Mejía Pulgarín, S. L., & Ortiz Cano, G. A. (2015). *Régimen normativo de los consultorios jurídicos y sus centros de conciliación. Disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y jurisprudenciales*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Londoño Jaramillo, M. (2007). Deberes y derechos procesales en el Estado Social de Derecho. *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, 6, 67-86.
- Merlano Sierra, J. (2010). La responsabilidad jurídica de abogados y administradores de justicia en el Derecho colombiano. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 33, 96-120.
- Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia. (10 de Agosto de 2010). Línea Institucional de la Conciliación. Bogotá D.C., Colombia. Recuperado el 17 de Abril de 2018, de https://auladigital.upb.edu.co/pluginfile.php/314530/mod_resource/content/1/L%C3%ADnea%20Institucional%20.pdf
- Peña Sandoval, H. (2010 de Mayo de 2009). *www.mediate.com*. Recuperado el 18 de Abril de 2018, de https://www.mediate.com/articles/procedimiento_conc_en_colombia_parte_3.cfm#bio
- Presidente de la República de Colombia. (12 de Febrero de 1971). Decreto 196. Bogotá D.C. Obtenido de <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/2045453/DECRETO+196+DE+1971+PDF.pdf/15a9ad5b-bd77-46dc-b957-5c75861744f5?version=1.2>
- Ramírez Torrado, M. L., Illera Santos, M. d., & Llinás Solano, H. (2012). Los centros de conciliación: su percepción, conocimiento y uso por parte de los ciudadanos de Barranquilla. *Civilizar*, 35-48.
- Sayas Contreras, R. E. (2008). Conciliaciones formales vs. conciliación. *Opinión Jurídica*, 7(13), 113-137.
- Senado de Plenipotenciarios. (24 de Mayo de 1873). Ley 84. Bogotá. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html#1
- Velásquez Posada, H. (2012). El trabajo social de los consultorios jurídicos: ¿necesidad u obstáculo? *Facultad de derecho y ciencias políticas*, 42, 51-76.



La conciliación judicial en Colombia: entre el garantismo y el activismo judicial

Edier Adolfo Giraldo Jiménez¹; Diego Alejandro Álzate Echeverri²;
Héctor Mario Gutiérrez Castañeda³

Resumen

En diversas ramas del derecho, particularmente en el desarrollo de algunos procesos, una de las etapas es la conciliación judicial. Mediante este trámite conciliatorio, el Juez asume el rol de conciliador, sin abandonar su rol de Juez como director del proceso, por ello se predica, entonces, de este tipo de conciliación como una conciliación judicial, contraponiéndose o diferenciándose de la conciliación extrajudicial que no se adelanta en presencia de un tercero investido de la facultad jurisdiccional. Ahora bien, la teleología de la Ley y de la misma Constitución Política de Colombia, incluso, es que, en esta etapa de conciliación, lo discutido por las partes no se constituya o configure una causa de prejuzgamiento. Sin embargo, llama la atención que, en la práctica procesal, se observa que muchos jueces en dicha etapa de conciliación van más allá de la mera asunción de un rol de conciliador, proponiendo a las partes una fórmula de arreglo que prácticamente deja ver la concepción del Juez en el fallo e incluso permite inferir también razonadamente y a priori la intención de la sentencia del Juez. Consideramos que en este caso puede verse afectado el tan caro principio de la imparcialidad del Juez; en tanto que, aún sin haberse practicado las pruebas, el Juez ya manifiesta de alguna manera el sentido de su decisión y a veces, inclusive, esa propuesta de acuerdo conciliatorio expresada por el Juez coacciona de alguna manera a las partes. Por esta razón, en esta investigación nos orienta como pregunta problema ¿De qué manera puede

1 Docente de tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana. Licenciado en Filosofía, Abogado y Magister en filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. E- mail: egiraldo@coruniamericana.edu.co

2 Docente de tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana. Abogado, Especialista en derecho privado de la Universidad de Antioquia, Magister en derecho comercial UBA (Argentina), Doctorando en derecho privado UCES (Argentina). E- mail: alzateabogado@gmail.com

3 , Docente de tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana. Abogado, especialista en derecho procesal contemporáneo, maestrando en derecho procesal contemporáneo de la Universidad de Medellín. E-mail: hgutierrez@coruniamericana.edu.co



afectarse el principio de la imparcialidad en el trámite de la conciliación judicial? Entre la postura totalmente pasiva, valga decir, garantista del Juez, y la postura totalmente activa (activismo judicial) proponemos un término medio que salvaguarde la loable y legítima finalidad de la conciliación judicial, sin menoscabar ni vulnerar el principio de la imparcialidad del juez.

Palabras clave: garantismo procesal, activismo judicial, conciliación, imparcialidad.

Introducción

El rol natural del Juez es sin duda el rol de fallador, y a juzgar por la práctica judicial, los jueces tienen tan marcado este rol en su quehacer profesional y jurisdiccional que es difícil que prescindan del mismo y se revistan del rol de conciliadores que es el que exige de ellos precisamente el legislador procesal, cuando consagra expresamente, y a veces de manera obligatoria (por ejemplo en materia laboral) la posibilidad de desarrollar dentro del proceso judicial una etapa inicial denominada conciliación.

Cuando se predica acerca de la conciliación como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, se suele pensar en la conciliación extrajudicial, olvidando que dentro del proceso judicial también existe esta posibilidad de solucionar o por lo menos regular el conflicto que dio lugar al litigio. Tal vez por ello, incluso a los mismos jueces se les dificulta asumir este rol de conciliadores. En la práctica judicial, no en pocas oportunidades se observa una actitud del Juez activa, muy activa dentro del proceso, proponiendo fórmulas de arreglo a las partes que van más allá de ser meras fórmulas de arreglo, convirtiéndose casi que en sentencias anticipadas que las partes pueden inferir de la propuesta por poco impositiva del Juez.

Frente a esta actitud, contrasta la actitud totalmente pasiva en la que el Juez se limita a invitar a las partes a conciliar y ante la no presentación de fórmulas de arreglo por las partes, el Juez continúa desarrollando las demás etapas del proceso sin detenerse un poco en la exhortación a las partes a conciliar proponiendo, una fórmula de arreglo como lo exige la Ley.

En este trabajo se presenta una reflexión en torno a la posible vulneración



del principio de la imparcialidad del Juez, sobre todo, cuando el juez asume la primera posición, casi que imponiendo a las partes su fórmula de arreglo con la precisión subliminar de ser esa su intención de fallo. Reflexión que circunscribiremos al derecho privado (civil y comercial) y al derecho laboral, presentando a la comunidad académica una buena herramienta de análisis que no pretende ser aceptada de manera irreflexiva, sino por el contrario siempre sometida a la crítica y al debate.

Desarrollo

1. Principales diferencias entre el garantismo procesal y el activismo judicial

Sin entrar en mayores detalles, porque no es esa la finalidad de este escrito, se presentará al lector las principales características de lo que se ha denominado en la Doctrina y la Jurisprudencia Garantismo procesal y Activismo judicial, con la única finalidad de que el lector observe de manera crítica las principales diferencias que presentan estas dos posturas doctrinales y, al final, pueda inferir la manera cómo en la etapa de la conciliación judicial el Juez asume, casi de manera inconsciente una u otra postura.

El garantismo procesal

La denominada teoría garantista, tiene como principal característica el fiel apego a los principios y garantías constitucionales, en lo que respecta particularmente al principio del debido proceso, seguido de los principios de igualdad e imparcialidad del Juez. Por ello, esta primera característica implica y conlleva de suyo otras tantas, tales como el acento en el respeto por los derechos individuales (otrora denominados de primera generación), la empatía con los postulados propios de un sistema procesal dispositivo o acusatorio donde las partes son las que impulsan el proceso desde su inicio hasta el final, configurando lo que se ha conocido como un sistema procesal de justicia rogada y, pregonando como teleología del proceso y gran función del juez la del advenimiento de la denominada verdad procesal que depende de los medios de prueba que las partes alleguen al proceso, en notoria contraposición a la anhelada consecución por parte del Juez de la llamada verdad material, real o sustancial.



El activismo judicial

Lo que se ha denominado activismo judicial, tiene como principales características una exigencia al Juez de ir más allá de la verdad procesal, en búsqueda de la verdad sustancial, real o material que es precisamente la que garantiza que el fallo del juez pueda llegar a ser justo. Se considera que la verdad, la verdad sustancial, es *conditio sine qua non* de la justicia, y estos son los dos más altos y preciados valores para esta concepción del derecho.

Aunado a lo anterior, el activismo judicial pone énfasis en la consecución y garantía de los derechos sociales, económicos y culturales (otrora denominados de segunda generación); pues se concibe que en un Estado Social de derecho el Estado tiene la gran tarea de proveer de servicios a los ciudadanos. Afirma Alvarado Velloso (2010) que el activismo judicial tiene una mayor empatía con un sistema procesal inquisitivo o inquisitorial en el que predominan las actuaciones oficiosas del Juez y la justicia deja de ser rogada (a petición de parte). El Juez no sólo tiene la tarea de dirigir el proceso, sino también de fallar y de investigar, con la finalidad de lograr el alcance de la ya referida verdad sustancial real o material como garantía de una verdadera justicia (tutela efectiva de los derechos).

Así las cosas y en conclusión de esta primera parte, mientras el garantismo propende por el debido proceso y la seguridad jurídica, el activismo sobrepone el valor de la justicia material y de la verdad. Pero, mientras que para el garantismo el Juez se debe contentar con la verdad procesal, para el activismo el Juez debe ir más allá en búsqueda de la verdad sustancial, real o material, y es precisamente esa búsqueda de la verdad material, lo que justifica la preponderante actitud oficiosa del Juez, en materia de conciliación expresada en la casi imposición de una fórmula de arreglo que avizora el sentido del fallo, y que dependiendo del grado de intensidad, puede llegar a constituir prejuzgamiento y vulnerar el principio de imparcialidad del Juez que es precisamente la hipótesis que defendemos en este escrito.

- La conciliación judicial en el derecho privado
- Aproximación: concepto de conciliación

En el derecho privado, es decir el derecho civil y comercial, la premisa es clara, todo está permitido si no está expresamente prohibido, y en ese orden

de ideas, encontramos que es el principio de la autonomía de la voluntad de las partes o autonomía privada la que rige y fundamenta el derecho privado, pues como su nombre lo indica son las relaciones entre particulares y sin intervención del estado las que se regulan, y los conflictos ocurridos allí, los que se dirimen por el derecho privado.

Ahora bien, los conflictos se pueden dirimir de varias formas: judicialmente, es decir con presencia del juez, este actúa como un tercero superior a las partes y decide de fondo un conflicto decretando con fuerza de ley una orden, pero también pueden las partes directamente sin este, es decir entre las mismas partes resolver un conflicto y se llamará transacción, ahora, cuando las partes dirimen sus conflictos con ayuda de un mediador o conciliador un conflicto que los afecta se llamará conciliación, la cual, cuando se realiza por fuera o antes de acudir al proceso judicial se denomina conciliación extrajudicial.

Pero también, se puede hacer uso de la conciliación una vez accionado el aparato judicial, es esta la conciliación judicial y se realiza en la primera etapa de la audiencia conforme lo establece el artículo 372 del Código General del Proceso en su numeral 6:

Conciliación. Desde el inicio de la audiencia y en cualquier etapa de ella el juez exhortará diligentemente a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento.

Es en este espacio, donde ocurre la denominada audiencia de conciliación judicial y será el tema que trataremos a continuación en este escrito, la misma que fue definida más exactamente por la corte constitucional en sentencia C-902 de 2008, así:

La conciliación judicial es un medio alternativo a la resolución del conflicto, mediante una decisión o fallo. En tal sentido, es una forma especial de poner fin al proceso, siendo el tercero que dirige esta clase de conciliación el juez de la causa, quien además de proponer fórmulas de arreglo, homologa o convalida lo acordado por las partes, otorgándole eficacia de cosa juzgada.



Establecidos estos parámetros, debemos innegablemente pensar en las calidades que debe ostentar un conciliador, sabido es que el conciliador puede ser en derecho o en equidad, estos tratándose de la conciliación extrajudicial, pero más allá de eso es importante saber que el conciliador debe estar revestido de unas características especiales que lo faculten para dirimir un conflicto y no de ostentar un poder coercitivo que lo lleve a imponer un arreglo.

Antecedentes legales de la conciliación judicial en Colombia

En materia Civil, el Decreto 1400 de 1970 en su artículo 445 sobre el proceso verbal en materia civil, estructura la conciliación como una etapa dentro de la audiencia propia para este procedimiento, posteriormente en la reforma del procedimiento introducida por el Decreto 2282 de 1989, en la modificación del artículo 101 del código de procedimiento civil, se implantó la conciliación como un paso obligado en la audiencia que ordena esa norma, pero con la limitante de ser para procesos ordinarios y abreviados y en los casos en que las mismas normas procesales no la prohibieran.

Posteriormente, se impuso también la conciliación como paso y acto procesal en la audiencia de procesos verbales de mayor y de menor cuantía o en los verbales sumarios, según se establecía en los artículos 432 y 439 del anterior Código de Procedimiento Civil.

Consideradas las restricciones que tenía la conciliación, se expidió la ley 23 de 1991, que en su artículo 75 estableció la posibilidad de adelantarla aunque existiera proceso, y que podría celebrarse hasta antes de dictarse sentencia de primera instancia no solo ante los llamados centros de conciliación, sino ante los conciliadores en equidad y ante el mismo juez, esta tímida ley fue reforzada por el Decreto transitorio 2651 de 1991 con el que se generaliza la conciliación en todo tipo de procesos según los artículos 2 al 10 y se hace extensiva incluso a los procesos arbitrales reglamentaciones estas transitorias que fueron recogidas por la ley 446 de 1998.

En materia comercial, las normas del Código de Comercio habían sido modificadas en lo que tenían que ver con los procedimientos mercantiles especiales de los concordatos mediante el decreto 350 de 1989, modificado posteriormente por la Ley 222 de 1995, regulando el tema de la conciliación en las liquidaciones concordatarias, la liquidación obligatoria de comerciantes (Vargas, 2007).



Más tarde, en 1999 con la ley 550 se estableció como nueva modalidad de conciliación la figura de “promoción de los acuerdos de reestructuración”, pero este acuerdo celebrado entre el promotor empresarial con el empresario y sus acreedores intentando revivir la empresa, era un acuerdo que estaba sometido a condición resolutoria, y por ende no constituía en si cosa juzgada formal ni material.

Amplios sectores de la academia insistieron en la necesidad de implantar una verdadera política de descongestión judicial y en desjudicializar los conflictos, para lo cual era necesario que la conciliación fuera un requisito previo a la vía judicial, es decir un requisito de procedibilidad, fue así como se expidió la ley 640 de 2001 con la cual se impone en materia civil la conciliación previa como requisito de procedibilidad en los casos establecidos en sus artículos 35 y 38, y como una etapa más dentro del proceso judicial artículos 33 y 34.

En derecho de familia, cuando esta jurisdicción formaba un solo cuerpo con la civil, la Ley 1ª de 1976 en su artículo 27, siguiendo los lineamientos del derecho canónico y como última esperanza de reconciliación y de preservación de la institución del matrimonio, estableció la obligatoriedad de celebrar audiencia de conciliación entre los cónyuges en trámite de proceso de divorcio, haciéndose luego extensiva a los procesos de separación de cuerpos de matrimonios civiles y católicos.

El Juez como conciliador en derecho privado

Como vemos, en la actualidad la conciliación se presenta antes y durante el proceso judicial, y se ha optado por su implementación y difusión con el criterio principal de descongestionar la justicia, es decir, no se ha desarrollado como un mecanismo que verdaderamente imparta justicia, aunque sea el fin buscado el móvil ha sido otro.

Pensemos por ejemplo de manera sencilla y desligándonos un poco del derecho y las normas, vayamos a un campo más sentimental y adentrémonos en un conflicto interpersonal donde las partes han acudido a un estrado judicial para que sea el juez quien se encargue de dirimir el conflicto que les atañe, si ya se encuentran en este espacio donde existe una parte demandante y otra demandada fue porque no encontraron un arreglo privado, y no se va a con-



seguir un arreglo, o por lo menos se duda en un proceso en el cual las partes ya van resentidas moralmente, ya han pagado abogados, ya han trajinado lo suficiente como para pretender aceptar conciliar estando *ad portas* de un fallo, máximo si pensamos que el juez, quien funge de conciliador, no posee o no goza de ese respeto que inspira un acercamiento entre los litigantes, pues en la mayoría de los casos no tiene la sensibilidad y el perfil de conciliador que se requiere para el éxito del acuerdo pues es el juez un representante del estado con función jurisdiccional.

Pensemos que el juez debe reunir todos los requisitos y cualidades del conciliador, y aun así es difícil pensar que va a conciliar un asunto en una instancia ya promovida y con todas las pruebas ya aportadas, pues nótese que la audiencia de conciliación judicial se realiza una vez se haya no solo integrado en contradictorio sino en el momento procesal cercano al fallo, en este caso, la norma le impone la obligación al juez de proponer fórmulas de arreglo como si en todos los conflictos sometidos a litigio existiera una fórmula de arreglo.

Estas fórmulas de arreglo además no deben además ser consideradas por las partes como un prejuizamiento, es decir, un adelanto de la sentencia, pero qué es, sino esto mismo, si dado el caso un juez en etapa conciliatoria indica a una de las partes que su pretensión es desmedida por estar desbordada con lo que realmente se llegó a demostrar en el plenario, que es esto sino un aviso de que debe dejar de un poco de lado sus pretensiones y enfocarse en hacer un arreglo so pena de que el fallo coincida con lo que francamente propone el juez.

De la práctica hemos aprendido que el juez al llegar al estrado en fecha de audiencia llega con el fallo en su mente, algunas veces hasta escrito, es decir, ya tiene un sentido del fallo analizado pues el código general del proceso permite en la primer audiencia (Art. 372) emitir sentencia de ser posible, sabiendo que ya ha calificado o examinado las pruebas documentales aportadas, será que esa lectura que hace el operador judicial no influye en las obligadas fórmulas de arreglo que la ley le impone proponer, será que dichas formulas irán en contravía de lo que va a sentenciar, en todos los casos que personalmente he presenciado se trata es de dar luces a las partes para que concilien en especial dar luces a la parte que se muestra reacia a conciliar y cuyo fallo probablemente perjudicaría, en eso se ha convertido la conciliación judicial en la actualidad.



En parte, entendemos y no echamos de menos la carga laboral que soporta el juez, pensemos en el prolongado trabajo del juez al interior de un proceso, es largo y minucioso el proceso judicial, debe contener a dos abogados en pugna por sus pretensiones en representación de sus respectivos clientes, además de ello, seguir la norma en estricto cumplimiento, decretar las pruebas pedidas, practicarlas todas plenamente, dentro de ellas los interrogatorios a las partes y a los testigos no solo por parte del juez sino por los abogados, y que decir de los testimonios a recibir, los posibles careos, la inspección judicial y los alegatos de conclusión previos a dictar sentencia y más aún, dicha sentencia puede ser objeto de recursos, lo que ocasiona que no solo el despacho de conocimiento tenga mucho más trabajo si no llega a conciliar, sino que su superior también deberá ocuparse de resolver el recurso.

No solo se evita un proceso completo como lo que acabamos de apuntar, sino que los jueces colombianos son medidos en su desarrollo cada mes, y en virtud de esto deben indicar cuantos procesos ingresan al despacho y cuántos salen o son resueltos, y si el proceso es conciliado en su etapa inicial va a ser un buen resultado pues este sale del despacho y será bien calificado.

Luego de estas afirmaciones con carácter de verdad para quienes hacemos parte del proceso judicial en Colombia, podemos decir sin temor a equivocarnos que la conciliación judicial tal y como se viene presentando no es más que un mecanismo de heterocomposición¹ en cabeza del juez y no un mecanismo alternativo de solución de conflictos (Rodríguez, 2013).

El legislador nos pone en una encrucijada el revestir al juez con funciones de conciliador cuando no lo es, su trabajo es dirimir por medio de la autoridad y con arreglo a la norma, sin embargo, en vista de la necesidad de impartir justicia y de la severa congestión judicial, la conciliación se está convirtiendo en un mecanismo que impone un arreglo formulado por el juez que de no acatarse cercena el acceso a una justicia imparcial y objetiva.

Pensamos que el conciliador no debe tener poder coercitivo alguno, pues la naturaleza de su función es pacífica y persuasiva, y trata de favorecer la libertad y los intereses de las partes hasta lograr ese punto en que ambas estén

¹ La heterocomposición es la manera como el Estado se manifiesta para demostrar el imperio de la justicia, el monopolio estatal en la solución de los conflictos como lo es la rama judicial, el arbitraje y la intervención de las autoridades administrativas.



de acuerdo en aprobar una solución, lo que contrasta con la coerción del juez quien refleja un temor a las partes, las que pueden llegar a pensar que el no conciliar se traducirá en recibir un fallo o sentencia en el que salga menos favorecido.

La única coerción posible en la conciliación sería la que se presente en el supuesto de dotar a ciertos operadores judiciales en una conciliación *intraprocesal*, encomendada a jueces quienes no tienen específicamente la función de sentenciar la causa en la que actúan como conciliadores, y que estos agentes del Estado dotados del conocimiento objetivo de las normas y probada imparcialidad sean quienes en una instancia previa emitan su opinión sobre el litigio. Esto se ha empezado a desarrollar en Alemania con notable éxito por lo menos desde el punto de vista estadístico, y es posible que ese éxito provenga del peso que aún tiene socialmente el juez (Neiva-Fenoll, 2012).

La conciliación judicial en el derecho laboral

Respecto de la conciliación judicial, por demás estatuida como una etapa obligatoria dentro del proceso laboral, que en voces del artículo 77 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, debe agotarse en la primera audiencia, de suyo, resulta ser bastante preocupante, si se mira desde lo que consagra el artículo 53 de nuestra Constitución Política: “(...) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; (...); garantía a la seguridad social, (...)”, esto concordado con el artículo 48 del mismo ordenamiento, el cual señala:

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

Según lo anterior, si analizamos lo que sucede cuando de conciliar derechos laborales se trata, aunque por mandato constitucional solo se puede conciliar derechos inciertos y discutibles, ¿será que en la realidad si se cumple con tal mandato?



Supongamos que un trabajador a quien le han sido desconocido sus derechos laborales por parte del empleador, entre ellos el pago de las cotizaciones a la seguridad social en pensión, presenta la demanda en contra del empleador, llegan a la primera audiencia y en la etapa obligatoria de la conciliación, en ese tire y afloje entre las partes, al final, se logra conciliar por una cierta suma de dinero (que en la mayoría de las veces el trabajador logra obtener menos del 50% de las pretensiones) considerando, además que, el acta en donde se plasma lo acordado, no solo presta mérito ejecutivo (punto favorable para el trabajador), sino más grave aún, hace tránsito a cosa juzgada (punto favorable para el empleador) una vez éste trabajador cumpla la edad, al momento de reclamar su pensión, encuentra que le faltan semanas, justamente las semanas que el empleador no le cotizó (supongamos que sean por ejemplo: diez años laborados) y que fue precisamente, el tiempo que laboró y concilió y que así mismo se plasmó en el acta, cuyo efecto de cosa juzgada impediría que el trabajador, tiempo después, vuelva a revivir la acción para reclamar las semanas no cotizadas por su anterior empleador.

Tomemos lo que ha dicho la Corte Constitucional respecto de los efectos de la cosa juzgada en la sentencia C-774 de 2001:

La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe (sic) a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.

Siendo así, sería imposible, se haría impensable, que el trabajador de nuestro ejemplo pudiera revivir nuevamente la discusión respecto a su problema



jurídico. Ahora bien, ¿qué pasa entonces con lo establecido en el artículo 48 de nuestro ordenamiento Constitucional, cuando en su inciso final manifiesta que se garantiza a todos los habitantes *el derecho irrenunciable* a la Seguridad Social? pues a todas luces encontramos en la conciliación procesal, una renuncia que no expresa, si es tácita por parte del trabajador a dichos derechos.

Otra arista en la discusión, se forja cuando el artículo 53 de la carta magna nos habla de derechos inciertos y discutibles, y solo sobre éstos, es procedente conciliar o transigir, lo que nos lleva a otro escenario, al escenario de la incertidumbre, puesto que nos habla de un derecho que aún no se ha concretado en cabeza, en este caso, del trabajador, por estar en discusión, discusión que precisamente se daría dentro del proceso, pero que no podrá darse porque se llegó a una conciliación y esta es una manera anormal de terminación del litigio.

La conciliación entonces, no solo es considerada como una forma de dar solución al conflicto, sino que además ayuda a descongestionar los despachos judiciales, permitiendo así que el juez pueda atender un mayor número de demandas al reducir el tiempo que tiene que dedicarle a un solo asunto, además dichas conciliaciones le favorecerán en las estadísticas para la calificación como funcionario judicial, y mientras tanto, seguiremos preguntándonos ¿si en realidad la conciliación en materia laboral sea la mejor manera de dar cumplimiento al mandato constitucional de garantizar los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador?

Si miramos lo que consagra la Ley estatutaria de la Administración De Justicia (Ley 270 de 1996) que en su artículo primero señala:

La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.

Así las cosas, y a manera de reflexión, resulta contradictorio que mientras por una parte la constitución y la ley pregonan la protección y garantía de los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, y además se exija de la administración de justicia, precisamente, hacer efectivos los derechos y obli-



gaciones, en aras de realizar la convivencia social y mantener la concordia nacional, de otra parte, la ley procesal impone como una obligación, como lo es, agotar la conciliación procesal, en donde se itera, se trata de conciliar derechos de los que la constitución denomina “inciertos y discutibles” y que muchas veces las presiones no solo del juez, sino también de los mismos abogados, aunado a la necesidades apremiantes del trabajador de satisfacer necesidades básicas, suyas y de su familia, termina por sucumbir bajo los fugaces encantos de una promesa remuneratoria, a costa de sacrificar otros derechos como los de la seguridad social en pensiones.

Así las cosas, cuando un trabajador acude ante el juez laboral, lo hace precisamente para reclamarle al empleador sus derechos insatisfechos, lo que constituye el objeto de su pretensión, ya que antes de acudir a la jurisdicción, todos sus derechos tienen como característica: ser inciertos, y precisamente se acude ante el juez, por que dichos derechos están siendo discutidos, para que el juez lo declare o lo niegue en la sentencia, tenemos entonces un pretensor que reclama para sí la satisfacción de aquellos, y un resistente que se opone o discute el derecho reclamado.

Lo anterior, nos ubica entre lo que al inicio planteábamos, sobre una Constitución Política que pregonaba la protección de los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores, esto es, de un Garantismo Constitucional, y un activismo judicial, en aras de obtener un resultado estadístico favorable de procesos terminados, amén del sacrificio de los derechos mínimos e irrenunciables a la seguridad social de los trabajadores.

El principio de la imparcialidad del Juez y su posible vulneración

La pregunta que surge de lo observado hasta aquí es si el Nuevo Código General del Proceso y el Código Procesal del trabajo configuran un sistema procesal garantista (garantismo procesal) o es más a fin a los principios y postulados del denominado activismo judicial. Nuestra hipótesis es que nuestro sistema procesal, en general, es un sistema mixto, que toma elementos de uno y otro sistema procesal; por ejemplo, tiene elementos propios del sistema dispositivo o acusatorio como la justicia rogada, la oralidad y la publicidad, entre otros, pero también tiene elementos propios de un sistema procesal inquisitivo que se alinea más con el activismo judicial, tales como la oficiosidad del



Juez, por ejemplo, en materia de conciliación con la obligatoriedad de la conciliación (en materia laboral) y con las fórmulas de arreglo en materia civil, que no pocos veces se convierten en fallos anticipados como se ha expresado ya renglones atrás.

Pero lo que aquí pretendemos, es hacer un llamado de atención acerca del alto grado de peligro de vulneración del principio de imparcialidad del Juez que conlleva esa actitud oficiosa y activista, de manera particular en lo que respecta a la etapa procesal de la conciliación, pues, a nuestro modos de ver, el principio de la imparcialidad del juez exige de Éste una actitud más garante que activista, en el sentido de que en la etapa de conciliación el Juez debe ser un mediador, un acercador de las partes, precisamente un conciliador.

Pensamos que, incluso, debería el Juez despojarse de la toga en esta etapa de la conciliación, para que esta simbología exprese el real sentido de la conciliación en donde el Juez se reviste de conciliador, asumiendo un rol más pasivo que en el resto de las etapas procesales, sin dejar de ser el director del proceso, pero tratando de acercar a las partes sin influir directa o indirectamente, explícita o implícitamente en la decisión que tomen las partes. Pues en la conciliación, así sea la judicial, la decisión la toman las partes y no el tercero conciliador; pues de lo contrario, ya no podríamos predicar acerca de una conciliación; se desdibujaría la figura de la conciliación y lamentablemente es lo que ocurre muchas veces en la práctica, cuando el juez va más allá de una simple sugerencia de fórmula de arreglo, presionando a las partes a conciliar y dejando ver incluso el sentido de su fallo aún sin la práctica total de las pruebas.

Conclusiones

En este contexto, aunque la que exponemos es nuestra opinión particular, que se distancia de las que quizá puedan ser más populares, no acaba de entenderse por qué una conciliación, en términos ciudadanos, es más beneficiosa que un proceso judicial y es conocida como la forma de resolver conflictos *gana-gana* cuando dicha conciliación es impuesta y en ese sentido va en contra de la voluntad de las partes.

Si un ciudadano lo que desea es defender su razón, desde luego la concilia-



ción no es el mejor instrumento a través del que pueda hacerlo, lo que ocurre es que se valora el proceso jurisdiccional simplemente en términos económicos y temporales, pero se olvida que el proceso judicial, tal y como lo conocemos hoy en día, es un cauce en el que las partes, ciertamente, se enfrentan, pero también poseen la oportunidad de dar sus razones con precisión, hacer que las mismas consten fehacientemente en condiciones de defensa que permiten garantizar normalmente la igualdad de armas.

Si se trata de que las partes, voluntariamente renuncien a sus derechos y al metaderecho que tienen a defender sus derechos por medio de las pruebas y de los argumentos, bienvenida la conciliación; pero cuando se utiliza la conciliación como ropaje para encubrir una decisión que se impone desde por un tercero ajeno a las partes, en este caso preferimos la jurisdicción, que por lo menos tiene la garantía de la práctica probatoria y el debate interpretativo y argumentativo.

No es que estemos en contra de la conciliación, al contrario, está demostrado que, bien administrada es uno de los mecanismos más idóneos para la resolución o por lo menos la transformación de los conflictos que se presentan en las sociedades, de lo que estamos en contra es de la conciliación impuesta porque deja de ser conciliación. Ni el conciliador ni el Juez pueden ni deben imponer la conciliación. Esta, para que sea conciliación, debe ser acordada por las partes y en ese preciso punto en el que hacemos una crítica que a su vez sometemos a la crítica de la comunidad académica, que no necesariamente debe estar de acuerdo con nuestra postura que por demás es una postura académica, pero también de abogados litigantes que nos hemos enfrentado en el día a día con los peligros y riesgos de imparcialidad judicial que aquí denunciamos, en lo que respecta a la etapa procesal de la conciliación judicial.

Referencias bibliográficas:

- Alvarado Velloso, A. (2010). *El garantismo procesal*. Arequipa, Editorial Adrus.
- Alvarado Velloso, A. (2011). *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. Qué es el garantismo procesal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Junoy, J. P. I. (2014). El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un



- debate mal planteado. *Revista de Estudios de Criminología y Ciencias Penales*, 1(1).
- Maraniello, P. A. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Tla-melaua: Revista de ciencias sociales*, 5(32), 46-83.
- Godoy, Mario. (2008). “Garantismo y Activismo: Posiciones “en-contradas”. *Revista “Cartapacio de Derecho”*, 14, disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1147>
- Velloso, A. A. (2014). La imparcialidad judicial y el debido proceso (La función del juez en el proceso civil). *Ratio Juris*, 9(18), 207-235.
- Saffon, M. P., & García-Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 75-107.
- Peyrano, J. (2009). Sobre el activismo judicial. *Federación de Ateneos de Estudio de Derecho Procesal (FAEP). Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario. Recuperado de: http://faeproc.org/wpcontent/uploads/2016/02/Rosario_33.pdf*
- Maraniello, P. A. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Tla-melaua: revista de ciencias sociales*, 5(32), 46-83.
- Neiva-Fenoll, J. (2012). La Mediación: ¿Una alternativa razonable al proceso judicial? *Derecho Procesal*, 83-92.
- Rodríguez, F. S. (2013). *La Conciliación Civil y Comercial*. Bogotá: Ibañez.
- Vargas, J. R. (2007). *La Conciliación, aspectos sustanciales y procesales*. (Quinta ed.). Bogotá, Colombia: Temis.



Problemas en la solución en línea de conflictos en el comercio electrónico con consumidores en Colombia¹

Silvia H. Muñoz-Cortina²; Carlos A. Gómez-García³

Resumen

Este trabajo plantea algunos desafíos que tiene la solución en línea de conflictos en relación con el acceso a la justicia de los consumidores, partiendo de la obligación que tienen todos los Estados de impartir justicia a sus administrados y mostrando como los avances en el comercio electrónico pueden llegar a tornar ineficiente dicha protección. Igualmente, se ilustra el funcionamiento de los actuales sistemas de solución en línea de conflictos para la relación de consumo, mostrando sus ventajas y falencias para terminar planteando la discusión sobre cuál es el papel que debe jugar el Estado frente a este tipo de mecanismos.

Palabras clave: solución en línea de conflictos, derechos del consumidor, relación de consumo, internet, consumo online, contrato y ODR.

Introducción

El Estado contemporáneo se explica frecuentemente a partir de la disminución de su capacidad reguladora como consecuencia de algunas de las políticas fundamentales asociadas a la globalización económica, así producto de las políticas económicas globales, el comercio internacional, el multiculturalismo y las telecomunicaciones, por solo nombrar algunas manifestaciones, el Esta-

1 Este trabajo es un producto de un escrito de reflexión por parte de los autores.

2 Abogada de la universidad de Antioquia, Especialista en Derecho privado de la misma universidad, estudiante del Master en Mediación y Gestión del Conflicto de la Universidad Internacional de Valencia –España, docente asistente de tiempo completo de la Corporación Universitaria Americana sede Medellín, asesora en conciliación del consultorio jurídico de dicha institución. E-mail: smunoz@americana.edu.co

3 Abogado de la Universidad de Antioquia, Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros, con Maestría en Bioética y Bioderecho y docente asociado de tiempo completo de la Universidad Pontificia Bolivariana, E-mail: carlos.gomezgarcia@upb.edu.co



do tal y como tradicionalmente lo hemos conocido pareciera desmoronarse.

Una idea similar es la que refiere Marín (2008) al plantear que el Estado “muda de piel” producto de la globalización y que por ende necesita nuevos mecanismos que le permitan la relegitimación del poder público al menos desde el aspecto normativo.

Así las cosas, la globalización del comercio, plantea grandes crisis en lo que a la protección del consumidor respecta, pues el comercio electrónico permite el flujo transfronterizo de bienes y servicios, mientras que, la esfera protectora de las relaciones de consumo si acaso se queda en escalas locales.

Este texto, plantea como la globalización, pero especialmente el comercio vía internet, trae serios problemas para que los consumidores, (quienes en el fondo somos todos), accedamos a la justicia ya que su administración se está dejando en manos de los particulares, quienes a la postre ni siquiera se encuentran sometidos a autoridades nacionales, terminando por deslegitimar el Estado tal y como lo conocemos, ya que uno de los pilares fundamentales de la división de poderes es el acceso a la justicia.

En un primer momento y solo desde un punto informativo, y sin aludir a su eficacia, enlistaremos los diferentes mecanismos que existen en nuestro país para que los consumidores accedan a la justicia.

Después, se abordará como la globalización cambia las condiciones de negociación, haciendo que los mecanismos dispuestos por el Estado para que los consumidores accedan a la justicia sean insuficientes; igualmente analizaremos los mecanismos de solución alternativa que han surgido para intentar mitigar este problema. Por último, se plantean algunos retos y desafíos que tienen los Estados frente a estas soluciones en línea.

El propósito de este escrito, es en primer lugar, mostrar las falencias en cuanto al acceso a la justicia de los consumidores en ambientes virtuales de los consumidores en Colombia, en segundo lugar, mostrar la solución en línea de conflictos (*Selc*) como una salida viable y razonable a estos conflictos, y, por último, dejar planteado el problema referente al papel del Estado en la *Selc* con consumidores.



Materiales y Métodos

Este trabajo consiste en una reflexión respecto a la evolución normativa de la protección al consumidor en ambientes digitales, desde una mirada cualitativa, en la cual se analizó la evolución normativa de las leyes 1480 de 2011 y 527 de 1999 a partir de una interpretación sistemática con las diferentes normas que hasta el momento regulaban la materia junto con las resoluciones y conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) sobre la materia.

El trabajo se desarrolló en tres etapas, la primera fue la recolección de fuentes legales, jurisprudenciales y escritos de la doctrina sobre el tema, seguida de la selección y posterior clasificación de estos. En segundo lugar, se realizó el análisis individual y sistemático de las fuentes determinadas para así terminar con la tercera y última etapa contemplada en este escrito de informe final.

El acceso a la justicia por parte de los consumidores en el derecho colombiano

Como es de suponerse, en una sociedad industrializada enfocada en la producción y venta de productos en masa, la relación entre productores, comercializadores y consumidores tiende a hacerse más tensa, debido al ánimo de lucro de los primeros que en muchas ocasiones entra en conflicto con los intereses de los segundos; aunque en principio no sean opositores, es muy probable que se presenten situaciones de abuso.

Debido a estos abusos, surge la necesidad de implementar distintos procedimientos que puedan ayudar a solucionar los conflictos en la relación de consumo; de ahí la necesidad de una normatividad que proteja al consumidor como un sujeto de especial protección.

Lo anterior, nos muestra cómo entre productores y consumidores se configura una situación de desigualdad, lo que justifica, unido a la baja cuantía de los conflictos, procedimientos diferentes a los ordinarios para que los consumidores accedan a la justicia en caso de violación de las normas protección al consumidor, ya que los procedimientos ordinarios parecieran inadecuados para ocuparse de los conflictos surgidos de la relación de consumo. Como



bien lo sostiene la jurista argentina Laura Pérez Bustamante (2004):

La demora del sistema judicial y el creciente valor económico del factor tiempo, los costos del juicio y su relación con la cuantía del reclamo individual, la velocidad de las relaciones de consumo, son algunos de los factores que desalientan las reclamaciones por la vía judicial. Así las cosas, la ecuación costo- beneficio de iniciar un reclamo por este medio para el consumidor sencillamente no cierra, y las pequeñas reclamaciones quedan sin posibilidad real de acceso a la justicia.

De esta manera, la autora nos muestra la incidencia de factores socio- culturales como la falta de tiempo o el elevado costo del acceso a la justicia; lo que impide que los consumidores utilicen los sistemas tradicionales de solución de conflictos en sus asuntos cotidianos, a lo cual se le suma la falta de unos procedimientos adecuados para atender a las necesidades del conflicto de consumo que permitan a jueces y entidades del Estado darle solución pronta y eficaz a los problemas del derecho del consumidor, aunado a una serie de factores culturales tales como:

escasa valoración de la satisfacción del consumidor o usuario por parte del resto de los intervinientes en la relación de consumo; desconocimiento de derechos; acción insuficiente o inexistente del Estado en materia de educación para el consumo; escasa participación activa en reclamos por parte de los consumidores individuales; desarrollo incipiente de la actividad de la comunidad organizada en ONG (Pérez, 2004).

En este punto, se puede tomar un referente histórico respecto de la normatividad que incide en el tema en particular, en primer lugar, la expedición de la Constitución Política de Colombia incorporó, en especial a partir de la evolución de su artículo 78, los derechos de los consumidores como derechos colectivos y se comprometió a efectivizar los medios para que estos accedan a la justicia.

En el año 1998, se expide la Ley 446, norma cuya naturaleza era descongestionar los despachos judiciales, la cual tuvo una relevancia marcada en nues-



tro tema; pues consagró dos instituciones muy importantes en esta materia, en primer lugar, trajo disposiciones especiales a los mecanismos alternativos de solución de conflictos y en segundo lugar le dio atribuciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Fue a partir de la expedición de la Ley 446 de 1998 que se pensó que esta era la vía más expedita para proteger los intereses individuales de los consumidores, prueba de ello es que muchos autores comenzaron a pensar en figuras cercanas al arbitraje de consumo¹, similar a como ocurre en el derecho español.

En nuestro país, la Confederación Colombiana de Consumidores, desarrolló un sistema de Solución Alternativa de Conflictos que incluye el Arbitraje de Consumo denominado ‘Congarantía’² el cual intenta armonizar las relaciones entre consumidores, productores y/o proveedores y ligas de consumidores. Este sistema consta de tres instancias: Arreglo Directo, Armonización y Arbitraje de Consumo, sistema que a este punto solamente sirve como referente histórico ya que, si bien se plantea como una novedosa solución, no ha prestado la eficacia que se esperaba de él.

La instancia de arreglo directo y conciliación, se surte dentro de un plazo de un mes y tendrá como únicos actores al consumidor o usuario y al punto de venta donde este adquirió el bien o contrató el servicio respectivo; esta instancia presenta características similares a la mediación al principio y de conciliación al final, si ésta no surte efecto, se pasa a la etapa de armonización, la cual tendrá el termino máximo de un mes, en la cual, se buscará llegar a un acuerdo conciliatorio partiendo de un principios institucionales y morales.

La última instancia es la de arbitraje de consumo, a cargo de un árbitro perteneciente a las listas de la Cámara de Comercio y se surte dentro del término de un mes, los costos derivados de esta actuación serán establecidos por la respectiva Cámara.

1 Un ejemplo claro de cómo se propuso en su momento la implementación de sistemas de arbitraje de consumo cercanos al español la encontramos en: Botero Ángel, Cristina y otra, Objeto y Límites del Arbitraje de Consumo, revista Foro del jurista número 27, Cámara de Comercio de Medellín, 2006.

2 Para más información sobre ‘Congarantía’ consultar en: http://www.ccconsumidores.org.co/cong_que_como.php?page=21



En segundo lugar, la Ley 446 de 1998 en su artículo 145 le otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio situación que, como veremos más adelante ha sido la solución más eficaz para la protección del consumidor en Colombia, por lo que esta, se mantendría con el tiempo en la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) en sus artículos 56 y ss, así como en la Ley 1564 de 2012 (Código General del proceso) en su artículo 24 numeral primero literal a, que insiste en la importancia de dichas facultades jurisdiccionales.

Es de resaltar, que la paulatina implementación del artículo 103 del Código General del Proceso, el cual permite la implementación de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TICS) no solamente les ha dado un gran desarrollo a las normas de comercio electrónico consagradas por la Ley 527 de 1999 sino que, además ha permitido que la SIC preste servicios de protección en línea del consumidor a través de las facultades tanto administrativas como las jurisdiccionales ya mentadas.

Posteriormente, se expide la Ley 640 de 2001 sobre conciliación que estimuló a muchas ligas de consumidores en el país a incorporar dentro de sus servicios un centro de conciliación, con lo que pretendían brindar una nueva dimensión en la protección de los consumidores, desligándose del modelo tradicional de justicia con intervención de los jueces.

En el desarrollo mismo de los postulados constitucionales, surgieron las acciones populares y de grupo, Ley 472 de 1998, que permitieron brindar una protección colectiva y que actualmente son tal vez el mecanismo más idóneo para la protección de los consumidores en nuestro país, pues permiten que por la intervención de un juez se pueda tanto hacer cesar el daño actual como la indemnización de los perjuicios colectivos.

Por último, también puede pensarse como un mecanismo mediante el cual los consumidores acceden a la justicia, la denominada defensa en sede de empresa, que no es otra cosa que el derecho de los usuarios a presentar peticiones, quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos conforme lo plantea la Ley 142 de 1994, y el defensor del consumidor financiero que propone la Ley 1328 de 2009.



El estatuto del consumidor colombiano y la protección del consumidor en el comercio electrónico.

Fue el artículo cinco (5) del Estatuto del Consumidor Colombiano el que puso en el debate jurídico nacional la protección del consumidor en el comercio electrónico, pues al definir las ventas a distancia entendió que en el país se necesitaban nuevas esferas de protección cuando las personas adquirirían bienes o servicios, sin tener contacto directo con el producto que adquiere, que se dan por medios, tales como correo, teléfono, catálogo o vía comercio electrónico haciendo uso de Internet, PSE y/o *call center*, redes sociales y/o cualquier otro mecanismo de televenta o tienda virtual o portales de contacto.

Es por esto, que cuando se ocupó tanto de regular las ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, estableciendo para estas unos deberes especiales del productor y proveedor, tales como: acreditar de que la entrega del bien o servicio se realice efectivamente en la dirección indicada por el consumidor y que este ha sido plena e inequívocamente identificado, como el comercio electrónico con consumidores, ya que este de manera general había sido definido en la Ley 527 de 1999 pero sin perjuicio de esta, era necesario que se regularan los derechos que tienen los consumidores en la realización de actos, negocios u operaciones concertados a través del intercambio de mensajes de datos para la comercialización de bienes o servicios.

En primer lugar, el consumidor tiene derecho a recibir lo que contrató y a menos que haya pactado un término diferente en el contrato el proveedor deberá haber entregado el pedido a más tardar en el plazo de treinta (30) días calendario a partir del día siguiente a aquel en que el consumidor le haya comunicado su pedido.

Igualmente, este deberá permitir que el consumidor haga reclamaciones y devoluciones en los mismos términos y por los mismos medios de la transacción original, en otras palabras, se deberá entender que cualquier canal transaccional también es un canal de reclamación.

También, se deberán revelar la identidad del proveedor del producto, manteniendo siempre de manera transparente el asiento de las transacciones y los registros de estas a fin de que, el consumidor pueda con posterioridad solicitar la reexpedición de documentos o solicitar la entrega de copias de audios o documentos magnéticos en donde repose su información.



Dichos registros toman una relevancia manifiesta, ya que el artículo 48 de esta norma señala que “En los contratos celebrados a distancia, telefónicamente, por medios electrónicos o similares, el productor deberá dejar prueba de la aceptación del adherente a las condiciones generales”, situación cuya consecuencia jurídica es la aplicación del principio de *indubio pro consumatore*, lo que quiere decir es que si en el futuro se necesitare un soporte probatorio de la existencia de un contrato celebrado mediante un medio digital y el productor no lo tiene se deberá interpretar esto en favor del consumidor.

De la misma manera, con la expedición de la Ley 1480 de 2011, consideramos que en Colombia es un derecho del consumidor ser informado previo a la adquisición, la disponibilidad del producto, el término de duración de las condiciones comerciales y el tiempo de entrega.

Igualmente, y de manera específica para el comercio electrónico, los proveedores deberán, de conformidad con el artículo 50 de manera cierta, fidedigna, suficiente, clara, accesible y actualizada suministrar en sus portales la siguiente información:

1. Respecto del vendedor: su identidad especificando su nombre o razón social, Número de Identificación Tributaria (NIT), dirección de notificación judicial, teléfono, correo electrónico y demás datos de contacto.
2. Respecto de los productos: deberán indicar sus características y propiedades tales como el tamaño, el peso, la medida, el material del que está fabricado, su naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad, la cantidad, o cualquier otro factor pertinente, independientemente que se acompañen de imágenes, de tal forma que el consumidor pueda hacerse una representación lo más aproximada a la realidad del producto.

Cuando la publicidad del bien incluya imágenes o gráficos de este, se deberá indicar en qué escala está elaborada dicha representación.

3. Respecto del negocio: informar, en el medio de comercio electrónico utilizado, los medios de que disponen para realizar los pagos, el tiempo de entrega del bien o la prestación del servicio, el derecho de retracto que le asiste al consumidor y el procedimiento para ejercerlo,



y cualquier otra información relevante para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente y sin ser inducido en error.

El plazo de validez de la oferta y la disponibilidad del producto. En los contratos de tracto sucesivo, se deberá informar su duración mínima.

Publicar en el mismo medio y en todo momento, las condiciones generales de sus contratos, que sean fácilmente accesibles y disponibles para su consulta, impresión y descarga, antes y después de realizada la transacción, así no se haya expresado la intención de contratar.

4. Respecto del precio de lo que se adquiere: se debe dar de forma total incluyendo todos los impuestos, costos y gastos que deba pagar el consumidor para adquirirlo. En caso de ser procedente, se debe informar adecuadamente y por separado los gastos de envío.
5. Respecto a la aceptación del negocio: Previamente a la finalización o terminación de cualquier transacción de comercio electrónico, el proveedor o expendedor deberá presentar al consumidor un resumen del pedido de todos los bienes que pretende adquirir con su descripción completa, el precio individual de cada uno de ellos, el precio total de los bienes o servicios y, de ser aplicable, los costos y gastos adicionales que deba pagar por envío o por cualquier otro concepto y la sumatoria total que deba cancelar. Este resumen tiene como fin que el consumidor pueda verificar que la operación refleje su intención de adquisición de los productos o servicios ofrecidos y las demás condiciones, y de ser su deseo, hacer las correcciones que considere necesarias o la cancelación de la transacción. Este resumen deberá estar disponible para su impresión y/o descarga.

La aceptación de la transacción por parte del consumidor deberá ser expresa, inequívoca y verificable por la autoridad competente. El consumidor debe tener el derecho de cancelar la transacción hasta antes de concluirla.

Concluida la transacción, el proveedor y expendedor deberá remitir, a más tardar el día calendario siguiente de efectuado el pedido, un acuse de recibo de este, con información precisa del tiempo de entrega, precio exacto, incluyendo los impuestos, gastos de envío y la forma en que se realizó el pago.



Queda prohibida cualquier disposición contractual en la que se presuma la voluntad del consumidor o que su silencio se considere como consentimiento, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo.

6. Respeto de la seguridad en las transacciones: Es deber del productor mantener en mecanismos de soporte duradero la prueba de la relación comercial, en especial de la identidad plena del consumidor, su voluntad expresa de contratar, de la forma en que se realizó el pago y la entrega real y efectiva de los bienes o servicios adquiridos, de tal forma que garantice la integridad y autenticidad de la información y que sea verificable por la autoridad competente, por el mismo tiempo que se deben guardar los documentos de comercio.

Adoptar mecanismos de seguridad apropiados y confiables que garanticen la protección de la información personal del consumidor y de la transacción misma. El proveedor será responsable por las fallas en la seguridad de las transacciones realizadas por los medios por él dispuestos, sean propios o ajenos.

7. Respeto de la protección de los niños, niñas y adolescentes: cuando la venta se haga utilizando herramientas de comercio electrónico, el proveedor deberá tomar las medidas posibles para verificar la edad del consumidor. En caso de que el producto vaya a ser adquirido por un menor de edad, el proveedor deberá dejar constancia de la autorización expresa de los padres para realizar la transacción.
8. Respeto la forma de solucionar los conflictos: el productor debe disponer en el mismo medio en que realiza comercio electrónico, de mecanismos para que el consumidor pueda radicar sus peticiones, quejas o reclamos, de tal forma que le quede constancia de la fecha y hora de la radicación, incluyendo un mecanismo para su posterior seguimiento.

Cuando el proveedor o expendedor dé a conocer su membresía o afiliación en algún esquema relevante de autorregulación, asociación empresarial, organización para resolución de disputas u otro organismo de certificación, deberá proporcionar a los consumidores un método sencillo para verificar dicha información, así como detalles apropiados para contactar con dichos organismos, y en su caso, tener acceso a los códigos y prácticas relevantes aplicados por el organismo de certificación.



En caso de no encontrarse disponible el producto objeto del pedido, el consumidor deberá ser informado de esta falta de disponibilidad de forma inmediata.

El proveedor deberá establecer en el medio de comercio electrónico utilizado, un enlace visible, fácilmente identificable, que le permita al consumidor ingresar a la página de la autoridad de protección al consumidor de Colombia.

Sin embargo, en derecho, en materia de comercio electrónico, los derechos más importantes que tiene el consumidor en Colombia son el retracto y la reversión del pago. Por el primero entendemos que en todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios que se hagan mediante los siguientes canales:

1. Mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor,
2. Venta de tiempos compartidos
3. Ventas que utilizan métodos no tradicionales
4. En el comercio electrónico

Se entenderá que el retracto es un derecho que el consumidor tiene pactado el derecho de retracto, y cuando este haga uso de aquel, se resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado. El término máximo para ejercer el derecho de retracto será de cinco (5) días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato en caso de la prestación de servicios.

Al consumidor, se le ha de devolver todas las sumas pagadas sin que proceda a hacer descuentos o retenciones por concepto alguno. Sin que esta devolución tome más de treinta (30) días calendario desde el momento en que ejerció del derecho de retracto.

En este orden de ideas, el consumidor deberá restituir el producto al productor por los mismos medios y en las mismas condiciones en que lo recibió. Los costos de transporte y los demás que conlleve la devolución del bien serán cubiertos por el consumidor.



Prescribe el artículo 47 del Estatuto del Consumidor como excepciones al retracto las siguientes:

1. En los contratos de prestación de servicios cuya prestación haya comenzado con el acuerdo del consumidor;
2. En los contratos de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el productor no pueda controlar;
3. En los contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados;
4. En los contratos de suministro de bienes que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez;
5. En los contratos de servicios de apuestas y loterías;
6. En los contratos de adquisición de bienes perecederos;
7. En los contratos de adquisición de bienes de uso personal.

Frente a la reversión del pago, cuando las ventas de bienes o servicios se hayan hecho a través de una tarjeta de crédito, débito o cualquier otro instrumento de pago electrónico, el consumidor tendrá derecho a pedir a su operador de pago¹ reversar los pagos que solicite en los siguientes casos:

1. Sea objeto de fraude
2. Corresponda a una operación no solicitada
3. El producto adquirido no sea recibido, o el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso.
4. El consumidor tendrá derecho a reversar los pagos correspondientes a cualquier servicio u obligación de cumplimiento periódico, por cualquier motivo y aún sin que medie justificación alguna, siempre que el pago se haya realizado a través de una operación de débito automático autorizada previamente por dicho consumidor, es decir cuando el consumidor por ejemplo autorizó una operación de débito automático por una sola vez pero el productor continua efectuándolo a fin de efectuar renovaciones no autorizadas, como ocurre por ejemplo en las

¹ Entiéndase por este: los emisores de los instrumentos de pago, las entidades administradoras de los sistemas de pago de bajo valor, los bancos que manejan las cuentas y/o depósitos bancarios



suscripciones a revistas o periódicos, en donde el consumidor autoriza un periodo que para el ejemplo podrían ser 12 meses, pero que una vez vencido este tiempo el productor pretenda realizar la renovación con los datos aportados por el consumidor para la suscripción pero sin autorización para esta esté pago podrá ser revertido.

Así las cosas, para que proceda la reversión se deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. Se deberá pedir dentro los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que el consumidor tuvo noticia de la operación fraudulenta o no solicitada o que debió haber recibido el producto o lo recibió defectuoso o sin que correspondiera a lo solicitado,
2. El consumidor deberá presentar queja ante el proveedor y devolver el producto, cuando sea procedente,
3. Notificar de la reclamación al emisor del instrumento de pago electrónico utilizado para realizar la compra, el cual, en conjunto con los demás participantes del proceso de pago, procederán a revertir la transacción al comprador.

Si existiere controversia entre proveedor y consumidor derivada de una queja y esta, fuere resuelta por autoridad judicial o administrativa a favor del proveedor, el emisor del instrumento de pago, en conjunto con los demás participantes del proceso de pago, una vez haya sido notificado de la decisión, y siempre que ello fuere posible, cargará definitivamente la transacción reclamada al depósito bancario o instrumento de pago correspondiente, o la debitará de la cuenta corriente o de ahorros del consumidor, y el dinero será puesto a disposición del proveedor.

De no existir fondos suficientes o no resultar posible realizar lo anterior por cualquier otro motivo, los participantes del proceso de pago informarán de ello al proveedor, para que este inicie las acciones que considere pertinentes contra el consumidor. Si la controversia se resuelve a favor del consumidor, la reversión se entenderá como definitiva.

En resumen, en nuestro país, durante los últimos treinta años, se han desarrollado diferentes mecanismos para que el consumidor acceda a la justicia;



ahora se analizará como la globalización pone en otra dimensión el problema del acceso a la justicia de los consumidores.

El acceso a la justicia de los consumidores en ambientes globalizados

Como se describió, nuestro derecho ha abordado de diversas maneras el problema del acceso a la justicia de los consumidores, sin embargo, este problema cambia por completo de plano si le damos una lectura de cara a los efectos propios de la globalización.

Actualmente, el consumidor está en la capacidad de realizar contrataciones internacionales en línea, lo que genera una nueva gama de conflictos en la relación de consumo, pues el acceso a internet permite que, con unos costos muy bajos, el consumidor pueda realizar gran cantidad de transacciones desde cualquier lugar del mundo.

Sin embargo, esta facilidad en el acceso a las transacciones también incrementa el número de posibles litigios, producto de dichas relaciones de consumo, conflictos que además de ser de naturaleza internacional, las partes exigirán soluciones tan rápidas y ágiles tal cual son las transacciones *on line*.

Como bien lo dice Montesinos García (2008),

con la aparición de los mercados virtuales la dinámica transnacional entre consumidores y comerciantes ha variado de manera drástica y son muchos los cambios que se han producido respecto al comercio tradicional. Para el consumidor, el comercio electrónico ofrece la posibilidad de contratar sin restricción de horario o territorio, en línea el consumidor no se encuentra cara a cara con la persona con la cual contrata y no puede juzgar la calidad del producto antes de comprarlo. Además también difiere en lo que respecta a cuestiones relativas a la deslocalización de las partes, carácter internacional y dificultades para la determinación del foro competente en las transformaciones transfronterizas, diferencias de lengua y cultura, etc., por lo que el recurso a los tribunales estáticos para el e-consumidor no aparece como una solución viable ni deseable, mientras que se refuerza la necesidad de proporcionar mecanismos en línea flexibles y adaptados a los medios electrónicos.



Y es que, el hecho de que el conflicto sea tocante con el Derecho Internacional Privado trae nuevas dificultades a las ya concebidas del acceso a la justicia por parte de los consumidores, pues implica no solamente las dificultades propias de activar el aparato jurisdiccional propio, sino la necesidad de tener que activar uno foráneo con todos los problemas que esto implica, como contratar un abogado extranjero o tener que desplazarse para atender las diligencias propias del juicio, todo lo cual podría, podría inclusive hacer que la solución del conflicto no pueda darse.

Como lo plantea Burgos Puyo (2007),

El carácter internacional aumenta la brecha existente en la desproporción objeto del litigio – coste (psicológico y económico). La simple idea de afrontar un litigio derivado de un contrato internacional sería suficiente para llevar a desistir al consumidor de hacer valer su derecho.

Del mismo modo, esta jurista plantea que normalmente acceder a los tribunales tradicionales es muy lento y costoso, lo cual se contrasta con los ambientes electrónicos que se encuentra en constante evolución y transformación y que requieren otros mecanismos más refinados para la solución de los conflictos como se verá a continuación.

Por estos motivos se han creado mecanismos alternativos a las soluciones judiciales, para solucionar conflictos en línea, especialmente mediación o arbitraje de consumo virtual, ya que no solamente sirven para enviar y recibir documentos entre las partes o entre partes y terceros, sino que no requieren presencia física, por lo que los costos de transacción se reducen grandemente; además de brindar confianza al consumidor en el mercado electrónico.

Estas organizaciones prestadoras de los servicios de *Selc*, normalmente funcionan como sellos de confianza (*Trustmark*) o sea, de lo que se trata es de ser una organización autónoma e imparcial en la relación *B2C*¹ que lo que hace es brindar confianza a las partes, inclusive antes de que se genere el negocio; ya que éstas podrán saber de antemano que ante cualquier conflicto po-

1 La expresión B2C se utiliza en muchos textos foráneos para significar la relación de consumo Business-to-Consumer, en donde intervienen un productor o un expendedor de un lado y un consumidor del otro.



drán acudir a esta entidad especializada para resolverlo de forma ágil y eficaz.

Normalmente en los *Trustmarks* es el comerciante quien solicita a la entidad prestadora de *Selc*, que sirva de intermediario en sus transacciones, y esta entidad se encargará de comprobar el cumplimiento de los parámetros establecidos por el código de conducta de la entidad, para que los servicios en línea se presten de forma transparente.

Una vez verificado esto, la entidad certifica al comerciante y vigila la conformidad y aplicación posterior de éste al código de conducta, dando así fiabilidad al consumidor en la seguridad de las transacciones y al mismo tiempo en caso de disputa será esta misma organización neutral la encargada de acercar a las partes o dirimir el conflicto.

Es decir, para el desarrollo de la *Selc* en la relación *B2C* son necesarios varios elementos, una empresa independiente del proveedor de servicios en internet que proporcione un sello de Confianza o *Trustmarks*, un código de conducta y un mecanismo de solución en línea (mediación o arbitraje), los cuales se desarrollan a continuación.

La solución en línea de conflictos en las relaciones de consumo en el comercio electrónico, una mirada al derecho comparado

Para Schultz y Otros (2004), en el derecho comparado existen tres maneras para negociar los conflictos en ambientes virtuales, el primero de ellos según los autores es:

la negociación automatizada, donde usualmente el demandante contacta una institución y presenta su reclamo. El proveedor de sistemas de negociación automatizada contacta a la otra parte, la cual puede someterse o no a la autoridad de la institución: las partes entonces entran a un sistema obligatorio-ciego, en el cual, cada una de ellas, por turnos ofrece o demanda una cierta cantidad de dinero. Las cifras propuestas son confidenciales, y ellas no podrían ni hacerse pública ni comunicarlas a la otra parte.



También, como lo planteó en su trabajo Zapata Gómez (2005), encontramos la negociación no asistida o directa, en la cual ambas partes no utilizan un sistema informático como intermediarios, sino que, por el contrario, hay un sistema de comunicación estructurado que le permite a ambas partes por medio de una interacción encontrar la solución.

Del mismo modo, se tiene la negociación asistida o arbitraje en línea la cual consiste en la intervención de un tercero para la solución de los conflictos, el documento preparatorio del proyecto *E-Arbitration-T* del Departamento de Sistemas y Computación de la Universidad de Brunel, citado por Néstor Londoño Sepúlveda (2014), quien ha establecido una serie de principios que debe contener todo sistema de arbitraje en línea: “En primer lugar la tecnología debe ser accesible, esto es, debe ser visible abierta al control de las partes, fácil de seguir, oportuna, fácil de usar y asequible. En segundo lugar, debe ser confiable y proveer formas de autenticación, seguridad y confidencialidad”

La solución de conflictos, por medio de métodos alternativos digitales, tiene dos puntos importantes de desarrollo: Estados Unidos y la Unión Europea.

Como lo plantea Zapata Gómez (2015), en los Estados Unidos, surgió el proyecto *Online Ombuds Office* de la Universidad de Massachusetts, proyecto del cual posteriormente se sirvió *eBay* para crear un método para la solución de conflictos en línea. Posteriormente y debido a la complejidad del sistema de subastas de esta empresa, se creó un sistema avanzado que se conoce como *Square Trade*, en este sentido el ceo de *Square Trade*, Steve Abernethy.

La solución en línea de es el proceso más apropiado para asistir a los consumidores en los problemas que surgen de las transacciones en línea. Estas transacciones frecuentemente ocurren entre personas de diferentes ciudades o países y en mercados donde los vendedores son las principalmente pequeñas y medianas empresas. En el mercado en línea de *eBay*, más de diez millones de productos están a la venta simultáneamente y millones de transacciones son completadas cada semana (Londoño, 2014).



¿Cómo funciona los mecanismos de solución en línea en el derecho *nor-teamericano*? Casos *SQUARE TRADE* y *ECOIR*

Un ejemplo muy claro de estos sistemas es el llamado *Square Trade*¹, consistente en un sistema asociado al sistema de ventas y subastas en línea de *eBay*, el cual, debido a la dificultad de acudir a las formas tradicionales de justicia, ha innovado al presentar un sistema completamente en línea. Frente a esto, Steve Abernethy de *Square Trade* dijo:

la solución en línea de conflictos es el proceso más apropiado para asistir a los consumidores en los problemas que surgen de las transacciones en línea. Estas transacciones frecuentemente ocurren entre personas en diferentes ciudades o países y en mercados donde los vendedores son principalmente pequeñas y medianas empresas. En el mercado en línea de *eBay* por ejemplo, más de diez millones de productos están a la venta simultáneamente y millones de transacciones son completadas cada semana. En tal entorno *Square Trade* asiste a las partes que no tienen otra opción práctica para solucionar sus disputas, y al hacer esto, incrementar la confianza y reduce la sensación de riesgo que padecen los potenciales compradores²

Este sistema utiliza una plataforma tecnológica que le permite a las partes, en principio, resolver el conflicto por ellos mismos o acudiendo a la ayuda de un mediador o de un árbitro cuando sea indispensable, proveyendo un mecanismo de negociación automatizada, mediación asistida y en último término arbitraje.

Otro ejemplo que puede servir de modelo de *Selc* en las relaciones *B2C* es *Electronic Consumer Dispute Resolution -ECODIR*³- este, es un proyecto de la Comisión Europea, para mejorar el acceso de los consumidores a la resolución de conflictos.

1 Lugar donde se encuentra la función de *Square Trade*. Recuperado de: <http://www.squaretrade.com/pages/>

2 ABERNETHY, Steve, Building Large-Scale Dispute Resolution & Trustmark Systems <http://www.odr.info/unece2003/pdf/Abernethy.pdf>

3 <http://www.ecodir.org/>



La principal característica de ECODIR es que funciona como un sistema *Selc* gratuito, voluntario y confidencial y sus sistemas para la solución de conflictos son: la negociación, la mediación y la recomendación.

Sus procedimientos son muy similares a los de *Square Trade*: se ingresa el caso, el sistema notifica a la otra parte y la invita para que ingrese al sistema, si esto no se logra se puede acudir a otro mecanismo o a una etapa de mediación.

Si la contraparte alcanza a ser notificada, comienza una etapa de negociación que dura 18 días, término para que las partes busquen fórmulas de arreglo por ellas mismas, si vencido este tiempo no alcanzan una solución, el sistema procede a ser una mediación, para lo cual nombra a un mediador independiente que ayude a las partes a identificar los elementos claves de su disputa con el fin de facilitar una solución.

El órgano administrativo del sistema se llama el *Secretariat*, este sólo entra en funcionamiento cuando vencido el plazo de negociación no se ha alcanzado un acuerdo y las partes acceden a continuar hacia la mediación, caso en el cual este órgano convoca al mediador. Una vez este es nombrado de conformidad con su experiencia en el tipo de caso, puede tener contacto con ambas partes simultáneamente, o con una de ellas confidencialmente a través de interacción asincrónica de texto, provista por la plataforma ECODIR, con el fin de obtener la mayor cantidad de información posible del conflicto.

Cuando el mediador considere que posee suficiente información acerca del conflicto, puede dar a conocer posibles soluciones a las partes, las cuales pueden aceptarlas, rechazarlas o modificarlas.

Si pasados 15 días de mediación, no se tiene una solución, el mediador puede realizar una recomendación basada en principios del derecho, y atendiendo a las obligaciones de las partes derivadas del negocio en conflicto.

Esta última recomendación, las partes pueden aceptarla o rechazarla en un término de siete días. En caso de aceptación, el conflicto queda terminado y el *Secretariat* dentro de los treinta (30) días siguientes indagará a las partes acerca de la implementación del acuerdo. En caso de que las partes rechacen la recomendación, podrán proceder a la vía judicial, pero el mecanismo alternativo como tal habrá terminado.



¿Cómo funciona el arbitraje virtual de consumo en España?

España, desde el año 1993 cuenta con el RD 636, que crea en ese país un sistema arbitral de consumo, y con la expedición en 2008 del RD 231 se le dio vía libre a un sistema virtual de arbitraje de consumo, favoreciendo así el uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones tales como la videoconferencia, el correo electrónico, etc., con el fin de agilizar la gestión y eliminar los costes del sistema.

Este sistema consta de tres procesos, en primer lugar, se tiene una formalización del convenio arbitral el cual consiste en realizar una solicitud de arbitraje por parte del consumidor contra un productor o expendedor ante la Junta Arbitral de Consumo que corresponda al domicilio del consumidor, ésta también puede ser formalizada por las asociaciones de consumidores y usuarios, se puede desarrollar por medios electrónicos idóneos que garanticen su idoneidad.

Estas normas dan la posibilidad, de que el productor o expendedor, emita una declaración en la que se adhiera al sistema arbitral de consumo frente a los futuros o probables conflictos que se presenten con sus consumidores y usuarios, éste también podrá ser presentado por medios digitales, siempre y cuando se pueda comprobar su idoneidad. Su efecto es que ante cualquier solicitud presentada por un consumidor el convenio quedará formalizado.

El segundo proceso es el arbitral, el cual inicia con la designación del Colegio Arbitral que conocerá el caso, este una vez constituido, citará a las partes a una audiencia de alegaciones, en la cual no será obligatoria la presencia del abogado de las partes y puede ser realizada tanto verbalmente como por escrito, obviamente, como estamos hablando de un sistema virtual, esta podrá llevarse a cabo a través de videoconferencia en un foro, en el cual cada parte se comportará como si los demás estuvieran presentes. También se pueden realizar mediante videoconferencia, los interrogatorios de parte y las declaraciones de los testigos.

Terminada esta audiencia el Colegio Arbitral deberá acordar aquellas pruebas que estime pertinentes e incluso podrá adoptar medidas cautelares; igualmente se señalarán y admitirán, conforme a lo dispuesto en la ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido, y la imagen, así como los instru-



mentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase relevante al proceso.

Por último, se emite un laudo arbitral, el cual tiene efectos de ejecutividad y de cosa juzgada y el plazo máximo para dictarse por parte del Colegio Arbitral es de cuatro meses contados desde la designación. Este será electrónico, constando por escrito en soportes ópticos, digitales o de otra índole; éste se notificará a las partes por los medios electrónicos procedentes.

Desde el año 2003 la Comunidad de Valencia- España ha dispuesto de un proyecto piloto de arbitraje virtual¹ en las provincias de la comunidad autónoma de Valencia Castellón y Alicante además de Benidorm. En este los consumidores tienen la opción de adelantar el arbitraje tradicional o el virtual a elección de estos.

Otros portales en España dedicados al Arbitraje de consumo virtual son: Asociación Española de Arbitraje Tecnológico, ARBITEC², Asociación Española de Arbitraje Tecnológico ARTYME³, la Asociación Comunitaria de Arbitraje y Mediación ACAM⁴ Y el Tribunal de Resolución Extrajudicial de Conflictos de la Asociación Andaluza de Comercio Electrónico ANDCE⁵.

Marco legal para la implementación de las ODR en Colombia.

En este apartado mostraremos el marco legal colombiano que podría servir para la implementación de modelos de solución en línea para el comercio electrónico con consumidores similares a los sistemas expuestos.

En primer lugar la ley de comercio electrónico vigente aun para Colombia es la 527 de 1999, la cual consagra algunos elementos importantes sobre firma digital y equivalentes funcionales y en sus artículos 10 y 15, se le otorga fuerza jurídica y probatoria de los mensajes de datos, al respecto el mencionado texto

1 <http://www.indi.gva.es:7003/jac-solicitud/com/tissat/jac/solicitud/MainForm.wsp>,

2 <http://www.onnet.es/arbitec/>

3 <http://aryme.com/>

4 <http://www.arbitraje-acam.com/>

5 <http://www.cecarm.com/servlet/s.SI?METHOD=DETALLETIENDA&sit=c,732,m,2684&id=3534>



tiene escrito: “Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original” (Leal, 2013).

Podemos observar que la legislación colombiana le da fuerza probatoria a la información contenida en los mensajes de datos y esta tendencia es reforzada por el programa de implementación de TICS al proceso judicial ya mencionada y presente en el CGP

La Ley 527 de 1999 prescribe en primer lugar respecto a la formación y validez de los contratos que se suscribe por medios digitales que, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos.

Igualmente, esta disposición reconoce la validez probatoria de los mensajes de datos cuando afirma: En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos.

Con estas disposiciones podemos afirmar que cualquier interacción virtual que conste en un mensaje de datos puede tener fuerza jurídica, es decir, tener la capacidad de crear obligaciones y derechos entre ambas partes y fuerza probatoria; ello significa que puedan servir de prueba en un posterior proceso. Por ende, entonces, los mensajes de datos tienen equivalencia funcional con los mensajes que estén escritos.

Por tanto, si se llega a un acuerdo con alguna ODR el acuerdo que conste en un mensaje de datos podría servir como título ejecutivo en un eventual proceso por incumplimiento del acuerdo, si se cumple con el artículo 8 de la Ley 527 de 1999:



Cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si:

a) Existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma;

b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original. (Hidalgo, 2009).

Así entonces, podemos afirmar junto con Zapata Gómez (2015), que esta ley le abre las puertas a la utilización de los métodos alternativos de solución de conflictos en línea, pues la misma les da fuerza jurídica a las interacciones virtuales, ello quiere decir que abre la posibilidad a que un acuerdo en uno de estos mecanismos online pueda ser un título que contenga unos derechos y a su vez unas correlativas obligaciones. Además, que el mismo tenga capacidad de probar y de generar fuerza vinculante a la otra parte.

Entre otras de las leyes importantes, que se debe tener en cuenta es la ley de protección de datos personales (Ley 1581 del 2012), debido a que muchas de estas ODR tendrían acceso de información sensible sobre algunas empresas que venden al *retail* en internet, en consecuencia debe haber una protección que genere confianza a las empresas y que su información no sea filtrada hacia los medios de comunicación, que debe ser una función preponderante de los métodos alternativos de solución de conflictos y los ODR no pueden ser ajenos a esta función.

Así entonces, se debe hacer énfasis en los principios rectores de esta ley, los cuales se encuentran en el artículo 4, teniendo más presentes los literales b) y h), el primero nos habla del principio de finalidad: “El Tratamiento debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la Ley, la cual debe ser informada al Titular” (Protección de datos personales, 1581



(2012)) Ello significa que los datos colocados en el sistema para la solución de las controversias y nunca para otra finalidad. En tanto el principio de confidencialidad nos afirma: Todas las personas que intervengan en el tratamiento de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende el tratamiento, pudiendo sólo realizar suministro o comunicación de datos personales cuando ello corresponda al desarrollo de las actividades autorizadas en la presente ley y en los términos de la misma” (Protección de datos personales, 1581(2012)). Así el centro de conciliación y arbitraje que provee el ODR debe guardar un completo silencio sobre las diferentes actuaciones que se hacen en su despacho.

En caso tal de que el centro de conciliación y arbitraje incumpla con estas obligaciones será objeto de sanción que presenta esta ley, a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Las leyes que regulan los métodos alternativos de solución de conflictos en Colombia también son esenciales en la aplicación de los ODR en el país, como son la Ley 640 del 2001 y la Ley 446 de 1998:

Con respecto a la primera, esta regula muy específicamente la conciliación como método alternativo de dirimir el conflicto, podemos resaltar el artículo 27 el cual define la conciliación extrajudicial en materia civil: “Conciliación extrajudicial en materia civil. La conciliación extrajudicial en derecho en materias que sean de competencia de los jueces civiles podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del ministerio público en materia civil y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales” (Se reglamenta la conciliación, 640, 2001).

Podemos entonces afirmar que los centros de conciliación o las entidades que ejerzan como los mismos, son los llamados a crear este tipo de mecanismos, en virtud de que la ley misma les otorga la competencia.

Afirmamos entonces que los centros de conciliación con un mayor poder económico son los llamados a empezar a articular este sistema online para



dirimir los conflictos, haciendo convenios con grandes empresas del comercio electrónico para prestarles sus servicios garantizando autonomía e imparcialidad. Pero no es la conciliación el modelo más eficiente para la construcción del ODR colombiano pues en materia de derechos del consumidor, el artículo 34 otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio la competencia para citar a una audiencia de conciliación, es importante resaltar que una vez el proceso se encuentra en esta entidad, el mismo será de acceso a la opinión pública y por ende no cumpliría uno de los objetivos de este tipo de mecanismos, el cual busca que las partes salgan con su nombre indemne.

En tanto, la Ley 446 de 1998, regula todos los métodos alternativos de solución de conflictos, incluso vuelve a hacer hincapié en la conciliación, pero en esta ley vamos a hacer énfasis en el arbitraje, sabemos que para acceder a este mecanismo alternativo de solución de conflictos se requiere que las partes hagan una cláusula compromisoria o pacto arbitral, y a pesar de ser un proceso diligente y sumamente rápido, el mismo tiende a ser muy costoso. En consecuencia, para la aplicación del arbitraje colombiano como un ODR en materia de consumo se debe buscar que el mecanismo sea más barato que el conflicto, esto se podría lograr por medio de la contratación de una empresa de comercio electrónico con un centro de arbitraje, donde esta le tramite un determinado número de conflictos en un lapso de tiempo a cambio de un precio, haciendo firmar a todos los consumidores una cláusula compromisoria, es decir, un proceso sumamente complejo.

Por tanto, entonces, el arbitraje no debe ser el mecanismo que se utilice para dirimir este tipo de conflictos, porque en últimas la ODR aplicada al caso colombiano buscará la implementación de un modelo más expedito y que busque generar confianza para que los consumidores compren en línea, no algo que les otorgue una carga más onerosa a los consumidores.

Este modelo funcionaria bajo la modalidad del amigable componedor, regulado por la Ley 1563 del 2012, en sus artículos 59, 60 y 61, entonces el artículo 59 afirma:

Definición. La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en



un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.

El amigable componedor podrá ser singular o plural.

La amigable composición podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente.

Es susceptible de que una empresa que venda productos para un consumidor tenga un contrato aparte, que hable de la posibilidad de utilizar un amigable componedor en un proceso de negociación, el cual en principio puede ser directamente las partes, y en caso tal en que no haya un acuerdo las partes le sean asignado un amigable componedor que proponga soluciones de arreglo. Según al artículo 60, este mecanismo tendría los mismos efectos de la transacción, por lo cual es posible iniciar un proceso para el cumplimiento de la obligación con el acuerdo.

Por ende, entonces, la forma más sencilla para construir este sistema en Colombia sería utilizando la amigable composición.

El sello de confianza o trustmarks

Definido éste como el distintivo del proveedor de *Selc*, que aparece en el portal del proveedor o vendedor de servicios en internet, que previamente ha sido autorizado por autoridades técnicas o privadas, su objetivo es brindar seguridad y confianza al consumidor que pretende contratar en dicho portal, ya que este podrá suponer la adhesión del proveedor a un código de conducta y la existencia de un mecanismo de solución alternativa a cualquier conflicto que se pudiere presentar.

En muchos países estos logotipos son regulados por el Estado, como es el caso de España en donde la Ley 34/2002 ó Ley de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico (LSSICE) prevé la existencia del dispositivo público de confianza como un sello o logotipo que los poderes públicos otorgarán a aquellas organizaciones de autorregulación privadas que presenten códigos de conducta con unos contenidos mínimos y sean elaborados con determinadas garantías de representatividad de los consumidores y usuarios.



Sin embargo, también es probable la existencia de sellos netamente privados que funcionen como entes disciplinarios del comercio electrónico.

Estos sellos de confianza se hacen importantes, toda vez que permiten promover la responsabilidad social corporativa y la autorresponsabilidad individual, esto pues, las empresas buscan la adhesión a un *Trustmark* para atraer a más consumidores, quienes se sentirán confiados realizando transacciones con estas empresas, pues éste se ha comprometido a comportarse de acuerdo con ciertos parámetros de calidad que le son benéficos, lo que los diferencia de los comerciantes que no cuentan con esta distinción.

En otras palabras “los estudios de prospectiva muestran que el sector empresarial aparece preocupado de forma creciente por su imagen. A través de este distintivo se pretende incrementar la responsabilidad del sector aprovechando, además, la imagen, ya que esa marca –más aun cuando se trata de una certificación pública que valida un código de conducta privado- da un prestigio en el mercado a la empresa o producto que la luce y por tanto, una ventaja frente a la competencia” (García, 2008) de otro lado estos mecanismos favorecen el hecho de que los consumidores y usuarios tiendan hacia la auto-protección pues estos pueden ayudarles a evaluar cuáles sitios son seguros y cuáles no.

El código de conducta

Los códigos de conducta son un conjunto de reglas que las entidades que administran los *Trustmarks* exigen para que se apliquen a las relaciones de los proveedores de servicios en internet y sus consumidores.

Como bien lo señala Martínez Canellas (2008),
la justificación de la existencia de códigos de conducta en el comercio electrónico reside en su utilidad, ya que permiten la rápida creación de reglas adaptadas a las necesidades de un mercado internacional, ágil y de continuas innovaciones técnicas a las que el proceso de legislación ordinario no puede responder.

Y es que el crecimiento tan acelerado de la tecnología ha puesto a los legisladores en una encrucijada al tener que responder rápidamente a fenómenos



técnicos de alta complejidad; por lo que estos han terminado por tolerar y en muchos casos, por fomentar la libertad reguladora de estos mercados¹, si bien, sujeta a normas de carácter imperativo, esta libertad ha permitido el fortalecimiento de los códigos de conducta.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de los códigos de conducta?

Cuando se habla del código de conducta, como presupuesto normativo, siempre surge la duda sobre el origen de la obligatoriedad de los mismos, es decir ¿qué le da fuerza vinculante a un código de conducta de tal forma que las personas se vean obligados a acatarlos? máxime cuando la exigencia de la misma se hace entre particulares (administrador de *Trustmark* y proveedor de servicios en internet) Así, se ha discutido si la obligatoriedad de esta normatividad se deriva de la costumbre mercantil, pues aunque no han sido creados por un órgano legislativo se pueden convertir en normas de uso consuetudinario en el comercio.

Para algunos autores como lo plantea Martínez Cañellas (2008, p. 302) los códigos de conducta son fruto de la creación de un grupo social determinado que se convierten en modos habituales de proceder en los negocios con deseos de trascendencia jurídica.

El problema radica en los códigos de conducta que versan sobre contratación electrónica con consumidores ya que las normas de protección al consumidor son de orden público y esto impediría la existencia o aplicación de la costumbre en muchos casos, en palabras de (Martínez Cañellas, 2008, p. 303) al referirse a la costumbre frente a los códigos de conducta

(...) al tratar de los códigos de conducta en la contratación *on-line* con consumidores carece de relevancia por dos motivos:

Primero, porque en la contratación electrónica con consumidores, son normas imperativas frente a las cuales no cabe costumbre, ni códigos de conducta *contra legem*

Segundo, porque en la contratación electrónica con consumidores,

1 Para prueba de esto basta mirar CNUDMI. Naciones Unidas. A/CN. 9/604 Asamblea General 9 de mayo de 2006 V.06-53899 (s) 260606 270606. 39º período de sesiones. Así como la directiva 2000/31 de la Unión Europea y el *Consumer Protection Act* de los Estados Unidos.



no existen códigos de conducta que puedan calificarse como costumbre y, por tanto, imponerse frente a quienes no se han adherido a ellos. Y eso es así porque, al menos no por ahora no existe código alguno que cumpla con el requisito de *opinio iuris seu necessitatis* dada su falta de conocimiento general, ni el de *longaeva consuetudo*, dado lo reciente de su creación, exigidos ambos para que la costumbre se convierta en norma jurídica. No hay que olvidar que el proceso de larga duración necesario para que un uso se convierta en norma es <difícilmente compatible con la intensidad y rapidez de innovación existente desde hace lustros en la mayor parte de las sociedades post-industriales contemporáneas...

Una visión más acertada es considerar los códigos de conducta como contratos, es decir que estos encuentren su fuerza vinculante en la autonomía de la voluntad.

Entendidos así, los códigos de conducta son manifestaciones de voluntad emitidas con intención de obligarse por quienes las realizan; son contratos que tienen fuerza de ley entre los contratantes. Así estarán vinculados a éste el proveedor y el *Trustmark*, no así el consumidor ya que este es un tercero ajeno a estas disposiciones.

El mecanismo

Aunque la amigable composición y la conciliación también son utilizadas como *Selc*, indiscutiblemente son la mediación y en especial el arbitraje virtual de consumo los predilectos en la web. Estos pueden definirse como procedimientos extrajudiciales y voluntarios para la resolución de los conflictos entre empresarios y consumidores que ha alcanzado un éxito considerable en países como España y los Estados Unidos.

Sus principales características son:

Rapidez: “el tiempo máximo del que dispone un árbitro para dictar el laudo es de cuatro meses desde la designación del colegio arbitral. Como el arbitraje se lleva a cabo electrónicamente, los plazos se acortan, pues la velocidad en las comunicaciones evita esperas innecesarias” (Montesinos, 2008).



Eficacia y firmeza: ya que presenta las mismas características que una sentencia judicial (cosa juzgada y ejecutividad)

Voluntariedad: “las partes en conflicto se someten libremente a este medio de solución para quedar vinculadas a las resoluciones que en el proceso se dicten” (Montesinos, 2008).

Economía: debe ser preferiblemente, como lo es en España, gratuito, esto lo hace muy atractivo para todo tipo de conflictos, pero en especial para los que surgen en internet.

Así mismo, al ser un mecanismo en red, se ve dinamizado por la velocidad en las comunicaciones y la inmediatez en la transferencia de datos.

Privacidad: ya que por regla general no hay publicidad frente a terceros de las resoluciones. Para Montesinos García (2008) esto, aunque criticable, es beneficioso puesto que

(...) las relaciones de consumo provenientes del comercio electrónico suelen ser relaciones de masas y, una sentencia desfavorable para el profesional podría suscitar un contencioso de masas; para el profesional, el secreto resulta sumamente propicio ya que permite acordar una reparación en la medida de la exigencia del consumidor lesionado y así, los internautas más diligentes obtendrán una reparación satisfactoria, sin que este nivel de reparación deba interponerse con el resto de los consumidores.

Beneficios y retos de la *selc* en la relación de consumo

Sistemas como los antes reseñados, poseen una amplia ventaja frente a las soluciones tradicionales ya que: brindan mayor transparencia, pueden ser imparciales, al desarrollarse en línea son más eficaces y su accesibilidad es mayor; como estos mecanismos son alternativos y en principio no excluyen la intervención judicial o administrativa competente sino que están para apoyarlas y descongestionarlas de una manera más técnica se habla entonces, que brindan mayor agilidad, desarrollando el principio de contradicción. Por último, las partes deberán comprometerse a cumplir los principios de confidencialidad



y de libertad¹.

De igual forma tienen retos grandes como son: romper las barreras impuestas por el lenguaje y la cultura, la desconfianza y el desconocimiento por parte de los consumidores, sobre todo por quienes apenas se inicia en la contratación en línea.

Otro reto que se le impone es darle al Estado mayor participación en los procesos de solución en línea, ya que esto les da confianza a los consumidores y puede dotarlos de mayor fortaleza institucional; así mismo, con la intervención estatal se solucionarían otros problemas como la vigilancia y el control de los *Selc* ya que hasta el momento no existe un organismo encargado de esta labor y el cuestionamiento de la obligatoriedad de las decisiones².

Otro desafío consiste en la aplicación misma del derecho sustancial, como ya lo han advertido otros autores,

Uno de los objetivos de la aplicación de los MARC³ en línea es darle solución, de alguna manera, a cuestionamientos relacionados con la ley aplicable a este tipo de conflictos, de forma tal que se permita resolver los mismos, conforme a los códigos de conducta adoptados. Así lo acepta la Comunidad Europea, siempre que no se deroguen los mínimos establecidos de protección al consumidor del país en el cual este tiene su residencia (Burgos, 2007).

Es decir, los *Selc*, suponen la creación de unos códigos de conducta paralelos a la normatividad que protege al consumidor, o que utilizan estas normatividades como un piso, es decir, ante una negociación (por ejemplo, de los

1 Sobre estas ventajas se puede obtener mayor información en: BURGOS PUYO, Op. Cit. Así como en CASTRO PINZÓN, Adriana, Los Mecanismos Alternativos De Solución De Conflictos En Línea Frente A Los Conflictos B2c, Revista de Derecho Informático, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1217>, [última visita, 20/04/10]

2 Queda en el ambiente la duda que en algún momento lanzara (De Sousa Santos, 2001, pág. 195) referente a los peligros de la solución alternativa de conflictos en países como Colombia cuando opinaba que estos podrían llegar a ser una justicia de segunda clase para ciudadanos de segunda clase, ya que si buscamos soluciones on line para los consumidores únicamente por un eficientismo económico y sin un papel claro del Estado en los mecanismos, lo que en nuestra constitución política se define como un derecho colectivo, por vía del facilismo se convertiría en un conjunto de derechos baladíes.

3 Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos MASC



términos de una garantía) o aún en un arbitraje, los términos mínimos son los que señala las normas de protección del consumidor.

Conclusiones

1. El Estado colombiano ha dispuesto numerosos mecanismos que permiten el acceso de los consumidores a la justicia, tales como procesos judiciales, acciones constitucionales, defensa en sede de empresa y actuaciones administrativas, sin embargo, todavía no toma partido frente a la necesidad de mecanismos de acceso a la justicia en ambientes globales.
2. La globalización ha permitido que los consumidores accedan fácilmente a contratación internacional vía internet, lo que ha cambiado radicalmente el plano de su protección y obliga a pensar en nuevos mecanismos que permitan un acceso a la justicia en entornos globales que al mismo tiempo que permita hacer justicia, respete las características propias de las negociaciones en internet como son: la celeridad, la virtualidad y la eficacia.
3. Debemos aprender de experiencias *selc* que se han generado en Estados Unidos y la Unión Europea para así poder diseñar un sistema propio y a la medida del consumidor colombiano pero que guarde proporción con el entorno global.
4. Un asunto que queda en el tintero es el papel que deberán jugar los Estados, así como, las uniones de Estados frente a las modalidades de justicia aquí estudiadas, además de los códigos de conducta, esto para que pueda redefinir su papel y relegitimarse en tiempos globales.

Referencias bibliográficas

Abernethy, S. (s.f.). *Building Large-Scale Dispute Resolution & Trustmark Systems*. Recuperado el 25 de marzo de 2005, de *Building Large-Scale Dispute Resolution & Trustmark Systems*: [http:// www.odr.info/un-ecce2003/pdf/abernethy.pdf](http://www.odr.info/un-ecce2003/pdf/abernethy.pdf)



- Botero Ángel, C. y. (2006). Objeto y Límites del Arbitraje de Consumo. *Foro del Jurista*, 27, 63-70.
- Burgos Puyo, A. (2007). *El Consumidor y los Contratos en Internet*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 640 (5, Enero, 2001). Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial
- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 1480 (12, Octubre, 2011) Por medio del cual se expide el Estatuto del Consumidor y se rigen otras disposiciones. Diario Oficial 48220.
- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 1581 (17, Octubre, 2012) Por el cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. Diario Oficial 48587.
- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 446 (7, Julio, 1998) por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Diario Oficial 48587.
- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 1563 (12, Julio, 2012) Por medio del cual se expida el Estatuto Arbitral nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48489.
- Castro, P. A. (s.f.). Revista Alfa- Redi. Recuperado el 20 de abril de 2010, de Revista Alfa- Redi: [http:// www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1217](http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1217)
- Córdoba, J. f. (2008). La investigación en asuntos privados, temas especiales del derecho. Arbitraje en línea: Validez jurídica y ejecución de procedimientos y laudos arbitrales adelantados mediante el uso de medios electrónicos (págs. 141-150). Barranquilla: Uninorte.
- Corte Constitucional, Magistrado Ponente Montealegre Lynett, Eduardo, C 1071 (Corte Constitucional 3 de diciembre de 2002).
- De Sousa Santos, B. (2001). Derecho y democracia: reforma global de la justicia. En B. De Sousa Santos, & M. García Villegas, *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia* (págs. 151- 207). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- España. Ministerio de la Presidencia. Real Decreto 231 (15, Febrero, 2008). Por el que se regula el sistema arbitral de consumo. BOE No.48.
- ECODIR. (s.f.). Recuperado el 21 de marzo de 2011, de ECODIR: <http://www.>



ecodir.org/

- Flórez Rojas, M. L. (2013). La reversión del pago dentro del contexto del comercio electrónico y sus implicaciones prácticas en el régimen jurídico colombiano. *Revista de derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías*, (10), 2-44.
- Foro de Economía Digital. (2015). Informe de Evolución y Perspectivas *eCommerce* 2015. Madrid: Observatorio *eCommerce*.
- García Morales, M. J. (2008). Poderes públicos, autorregulación y protección del consumidor en internet: a propósito de la regulación del distintivo público de confianza. En L. Cotino Hueso, *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías* (págs. 274-300). Madrid: Tirant lo Blanch.
- Hidalgo Romero, R. (2009). Contrato de Hosting o Almacenamiento Electrónico de datos: Consideraciones contractuales prácticas. *Revista de Contratación Electrónica*, 105, 1-14.
- Marín Cortés, F. (2008). *Público y Privado*. Bogotá: Temis.
- Leal Pérez, H. (2013). *Código de Comercio*. Bogotá D.C: Leyer.
- Londoño Sepúlveda, N. R. (08 de 06 de 2010). *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol.40 No.112, 123-142. Obtenido de *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 40(112), <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/1033/931>
- Londoño Sepúlveda, N. R. (2014). *Solución en línea de conflictos: La tecnología al servicio del derecho*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Londoño Sepúlveda, N. R. (19 de mayo de 2010). Universidad Ces. Recuperado el 22 de 03 de 2011, de Universidad Ces: http://www.ces.edu.co/Descargas/memoriasnodo/UPB_DESARROLLO_DE_LOS_MECA-NISMOS_DE_SOLUCION_EN_LINEA.pdf
- Martínez Cañellas, A. (2008). los códigos de conducta en la contratación electrónica en España. En L. Cotino Hueso, *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías* (págs. 301-338). Madrid: Tirant lo Blanch.
- Montesinos García, A. (2008). El arbitraje de consumo virtual. En L. C. Hueso, *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías* (págs. 258-272). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Pérez Bustamante, L. (2004). *Derechos del consumidor*. Buenos Aires: Astrea.
- Vallejo Arteaga y otra. (2000). *Fraude al Consumidor*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.
- Vallejo, A. (2000). *Fraude al Consumidor*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.
- Pérez Bustamante, L. (2004). *Derechos del Consumidor*. Buenos Aires: Astrea.



- Rivera García, J. G. (2009). Memorias II encuentro - Nodo Antioquia Red de grupos y centro de investigación jurídica y sociojurídica Universidad Santo Tomás. ODR: Resolución de disputas en línea ¿Una nueva Opción?, (págs. 9-23). Medellín.
- Rosendo González, P. y. (08 de 06 de 2015). Revista América Economía. Obtenido de http://www.iabperu.com/descargas/Desc_201271011546.pdf
- Sandoval López, R. (2010). Derecho Comercial Tomo III. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Shultz, T., & y otros. (2004). *Online Dispute Resolution*. New York: *Kluwer Law International*.
- Rivera Rivera, Erick. (08 de 06 de 2015). La generación de la riqueza. Obtenido de Universidad Autónoma de México:https://estrategiaempresarialfca.files.wordpress.com/2011/04/alvin_toffler_segundo_libro.doc+&cd=4&hl=es-419&ct=clnk&gl=co
- Sassen, S. (2010). Desnacionalización de las Políticas Estatales y Privatización de la Producción de Normas. En G. Teubner, Estado Soberanía y Globalización (págs. 104-137). Bogotá: Siglo del hombre- Universidad de los Andes.
- Square Trade*. (s.f.). Recuperado el 21 de marzo de 2011, de *square trade*: <http://www.squaretrade.com/pages/>
- Zafra, S. (04 de noviembre de 2014). Economía compartida: El truco como modelo de negocio. Obtenido de Maestros del Web: <http://www.maestrosdelweb.com/que-es-la-economia-compartida/>
- Zapata Gómez, E. (2015). Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en línea en materia de Derechos del Consumidor: Una mirada desde el contexto legal Colombiano. Medellín: Tesis para optar el título de abogado Universidad Pontificia Bolivariana.



Importancia de la intimidad en la conciliación. Una mirada desde la perspectiva política actual de Colombia

Diego Alejandro Correa Correa¹

Resumen

La intimidad y la privacidad son dos acontecimientos humanos que no pueden ir desarticulados, el hombre tiene la potestad de ser libre y de cuidar sus cosas como lo expresan Rousseau en su obra *control social*, pero Pardo contradice afirmando que: “sin actos políticos no puede haber un acto de intimidad”, estos actos de privacidad se convierten en un acto de mostrar lo que el hombre necesita vender. Pero no por las cosas que forman un misterio de la intimidad. Esta última no sería una solución religiosa sino una situación humana que debe de ser pregunta filosófica constante por el sentido que se le debe de dar a la humanidad.

La intimidad será la condición que se tiene para aprender hacer del mecanismo de conciliación una experiencia enriquecedora que ayuda a mejorar la condición del ser humano con otro, es la forma como el ser se muestra desde su intimidad ayuda a que la otra intimidad se relacione y el acuerdo que se tiene es un acto de mostrarse sin tapujos y llegar al acuerdo esperado. La conciliación es un acto sin violentar la intimidad. Este texto está dividido en dos partes, el primero tratará *la intimidad como acto de una conciliación humana desde el lenguaje y los axiomas* y el segundo es *la preocupación política de la intimidad en los actos de conciliación*. La política como acción popular ayudara a pensar la conciliación desde un acto íntimo, sin violentar la acción humana y sin perder los principios de la intimidad.

Palabras clave: intimidad, conciliación, política, lenguaje y solución de conflictos.

1 Licenciado en Filosofía, Magister en Filosofía y estudiante de Doctorado en filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente de investigación y humanidades de la Facultad de Ciencias Económicas, Administrativas y Contables de la Corporación Universitaria Americana. E-mail: dcorrea@americana.edu.co



Introducción

Se puede hablar de una conciliación en nuestro país como actos que ayuden a mejorar las acciones que se puede tener como actos puros de los seres humanos, sin llegar a la agresión, al señalamiento de un ser a otro ser humano. El autor Colom, sostiene en su texto *La conciliación de las jóvenes trabajadoras: nuevos discursos, viejos problemas*, publicada en la (Revista de estudios de juventud - diciembre 3 de 2008 | n° 83)

Como es sabido, uno de los aspectos más cuestionados de las políticas de conciliación es el hecho de estar pensadas y diseñadas para mujeres. Ya que la conciliación, tal como algunas estudiosas recuerdan, esconde una división sexual del trabajo en la que el problema no son las mujeres, (Junter-Loiseau; tobler, 1999; Crompton, 2005, Citado en Colom, 2008).

Parte de esta acción de conciliación se puede hacer una analogía con la intimidad, el ser humano debe de hacer actos de conciliación, actos que ayuden a mejorar su capacidad de pensar y de accionar en el mundo. Es una condición que se debe trabajar y cuidar como la intimidad, no es un acto de responder por algo que se hizo, o no se hizo.

A la conciliación se le ha estado asumiendo más allá de un simple procedimiento, pues se le ha inyectado un elemento de relevante importancia, el formativo o pedagógico, en donde las partes conflictuadas y el mismo conciliador salen fortalecidos, de alguna manera, para el manejo de futuros conflictos (Ángel & Sánchez, n.d.).

Ayuda a mantener una funcionalidad de la conciliación desde la parte pedagógica, es una forma de enseñar a manejar esas herramientas que nos sirvan para dar una solución pronta y un manejo adecuado antes de llegar a la siguiente instancia, lo que no se puede permitir es la manipulación de la intimidad y desbordar actos que ayuden la violación de su actuar. La acción de conciliar ayudará a mantener en orden la intimidad.



Las falacias de la intimidad como especialidad de la proposición de Pardo

José Luis Pardo en su texto *La intimidad*, (1996), plantea en su obra capital al respecto, las cuatro falacias que hacen referencia a la intimidad.

La primera falacia, tiene que ver con el sentido de identidad, Pardo lo llama en su obra *falacia de la intimidad o falacia de la identidad* (p. 37). Esto es posible porque el hombre posee una identidad *natural*, o sencillamente que tiene una *naturaleza idéntica*. La falacia consistiría en que se confundan estos dos términos: intimidad e identidad. Puede ser que la conciliación cuando se está ejerciendo se pasa de una identidad reflejada en la intimidad. Apaleando en que el hombre se puede mirar en particular o miramos los hombres en general. Como dice Pardo (1996):

La expresión lingüística de esta primera falacia es la idea de que toda palabra o toda frase tiene siempre un significado originario, natural, recto, y que por tanto todos los posibles significados divergentes son desviaciones de esa *ley natural*. Así pues, el vicio que produce esa falacia es la creencia (ilusoria o metafísica) en una identidad natural de los seres humanos o en un significado originario de las expresiones lingüísticas (p. 38).

Esta primera falacia, se puede pensar como una idea de lo que el otro me produce a mí como un ser que es idéntico y me hace perder mi intimidad, pasara al momento que me siento a realizar la conciliación, que es un acto que me ayuda lograr el mejor arreglo de la situación que se vive. Por ende, mi identidad, cuando no soy capaz de darme mi lugar y permito que se mezcle la intimidad de él con la mía, las cosas pierden sentido en mi ser, en mi vida y hace que la relación con los otros sea un engaño, casi al no mostrarme como soy de verdad. Y es aquí donde podemos dar paso a la siguiente falacia. Se puede completar esta parte siguiendo esta idea de conciliación.

Del modelo Resolutivo dice, que, en su epistemología, el conflicto radica en la incompatibilidad de satisfacer simultáneamente los intereses de ambas partes. Se lo concibe como un proceso lineal, es decir, que tiene una causa u origen, temporalmente antecedente, y un efecto, el estado actual del desacuerdo. A partir de dicho entendimiento,



se considera que, eliminando la causa original, consecuentemente, el efecto, desacuerdo propio del conflicto, debe desaparecer o sus manifestaciones observables (Ángel & Sánchez, n.d.).

La segunda falacia está sostenida en la afirmación *el hombre se tiene a sí mismo*. Esto hace que la persona piense que es propiedad privada, la confusión que tenemos en esta falacia es la intimidad con la privacidad. Así denominamos esta como *la falacia de la intimidad o falacia de la privacidad*. Como lo menciona Pardo en su obra:

Si en el caso de la primera falacia las consecuencias nefastas se derivaban de concebir la intimidad como fuente de derecho público, como fundamento de leyes generales, en este otro caso la intimidad se arruina precisamente al considerarla como fuente del derecho (y, por lo tanto, de deberes) privados (1996, p. 38)

Esto hace pensar cuando se maltrata al otro, porque es nuestro amigo, o porque él o ella es mi amante, se tiene la posibilidad de hacerle daño, por no respetar su espacio y su intimidad y por ende no respetarse uno mismo, en este caso utiliza al otro y lo cosifica, lo hace una simple marioneta de nuestros antojos, tanto emocionales, como sexuales y por qué no, religiosos. Sabiendo que el derecho privado esta obligatoriamente tutelado por el derecho público o, en otras palabras, como lo menciona Pardo, la privacidad depende siempre de la publicidad.

Pardo sigue hablando en su obra que de la primera falacia se derivan las demás. Sigue mencionando que de la intimidad con la identidad sale lo *natural* del yo, una confusión íntima que surge como muestra pública. Es así como en la tercera falacia menciona la *falacia de la intimidad o falacia de la limpieza étnica o de la inefabilidad*.

Si mi intimidad es mi identidad profunda y natural, que excluye las demás identidades diferentes de la mía, mi única relación posible con *los otros* (los que son de otra naturaleza que yo) es la violencia y la guerra, no puedo hablar con ellos porque, si no sienten lo que yo siento cuando digo *yo*, jamás podremos entendernos. (1996, p. 39).



En esta declaración de la tercera falacia, hace recordar las vivencias que teníamos cuando niños, aquello que peleaban porque los otros no eran como nosotros, o porque no tenían lo mismo, o nosotros no teníamos lo mismo que ellos; es tener en cuenta que esto hay que solucionarlo, dejarlo a un lado, modificarlo de nuestra memoria, es pensar que esto se debe superar para la ejecución idónea de la intimidad. Es rumiar que el otro me hace a mí un mundo nuevo, pero, no maneja mí mundo, como si lo hacían cuando somos niños en la época de los pares, que manipulan las formas de relacionarnos solo hombres o solo mujeres.

Comprende que la tercera falacia lo que hace es una constante lucha entre uno y otros pensares, genios, mentalidades, posibilidades de ser, o el enfrentamiento constante de querer estar por encima del otro, es una falacia que nos ha convertido en niños, no como el ejemplo citado en el párrafo anterior, pero en la adultez no hemos superado ese egoísmo que ha hecho hasta grandes guerras, así como algunos creen que uno de los principales iniciadores de la Segunda Guerra Mundial, por un capricho mental, abocó al mundo a uno de los peores genocidios de la historia. Con esto daríamos paso a la cuarta falacia.

Pardo menciona que la cuarta falacia tiene que ver con la segunda, pues esta se deriva porque la confusión de la intimidad con la propiedad privada convierte el habla en códigos para un uso privado y perverso cuyo ejercicio embaucador lo hace muy bien el Estado. La cuarta falacia reza así: *La intimidad o falacia del solipsismo*. Así como lo menciona el autor, esta falacia, en la intimidad, es incompatible y solo se experimenta genuinamente en la más absoluta soledad y en el aislamiento de toda la vida social:

Si mi intimidad son esas convicciones que mantengo en secreto y en las que basa mi éxito social (mi personalidad), si las compartiese con alguien perdería mi riqueza personal, como quien dilapida su fortuna en placeres mundanos olvidando la necesidad de ahorrar, y dejaría su ser socialmente valorado (1996, p. 40).

En esta cuarta falacia ve como de alguna manera, se reúnen las anteriores, lo que hace es ver que unos cuantos han desmeritado el sentido de lo que uno puede ser, como lo hace el Estado cuando no presta o no da lo que es de interés común, o como lo ejecuta aquel padre abusivo que lo que hace es engañar a su hijo y no le brinda su necesaria compañía y empeño para formarlo como un

ciudadano de bien, o aquel profesional que lo que hace, es esconderse tras su poder y no permite que el que está a su lado aprenda o se pueda formar para encontrar un beneficio comunitario.

A partir de su obra *La intimidad*, Pardo procura refutar filosóficamente todas estas falacias, lo cual nos permite pensar que el hombre quiera o no quiera necesita del levantamiento de su miseria y es allí donde de todos modos saca a relucir lo que es y cuánto puede ser, todo lo que ha escondido y no ha sido capaz de resolver.

La intimidad, en estas falacias, servirá de aprendizaje personal para ampliar la capacidad comprensiva de cada cual para abordar su intimidad. Así concluye el mismo José Luis Pardo afirmando que:

El hombre no se sostiene en la quietud sino en la ebriedad, se tiene porque camina, porque reposa en su propio movimiento de decadencia, en su inquietud y en su flexibilidad. Cuando el hombre cae, no lo hace, como suele decirse, porque haya *perdido el equilibrio* sino, más bien al contrario, porque ha perdido el desequilibrio y se ha convertido en el desplomarse sobre la tierra, en un ser perfectamente equilibrado, en una naturaleza idéntica (1996, p. 41).

Como se ha indicado, esta liberación desde lo más idéntico de cada ser conduce a pensar que toda esta limitación es parte de cada uno, y aunque hable consigo mismo, la respuesta es la intimidad propia, es la forma de ser en sí mismo y no permitir que nadie se haga dueño o pueda poseer a otro y controlar su intimidad, al igual que yo tampoco posea la del otro; sería pensar lo que muchos jóvenes hoy viven en la relación de parejas, en el noviazgo, con frecuencia creen que son poseedores de una persona, como si la hubieran comprado, para poder auto dominarla, para de esa manera, limitar y controlar su tiempo, su intimidad, sus relaciones y demás. El control de la intimidad es en este sentido un ejercicio social del poder individual.

Con lo que hemos dicho hasta aquí, bien se puede afirmar que la intimidad es diferente, no es un concepto romántico, es más bien un estudio de la vida propia, de lo que conlleva hacerla respetar. Conviene distinguir entonces fuera de las falacias, lo que llamaremos *axiomas*.



Los axiomas de la intimidad como primer aporte del pensamiento de Pardo

Se puede mencionar, como lo hace Pardo en *La intimidad, Seis Axiomas*. Es la diferencia que puede existir entre una cosa y otra, así mismo las personas pueden tener diferentes formas de diferenciar su intimidad. El primer axioma que trata es aquel que declara: *Ser alguien es estar inclinado*. Así lo menciona Pardo:

La intimidad no es la suma de las preferencias particulares sino su forma, es decir, su condición de posibilidad. Aquello por lo que me inclino es de mi particular y privada incumbencia, pero el tener alguna inclinación, el estar inclinado no es particular sino universal (1996, p. 42).

Esta capacidad que puede adquirir dentro de ciertas situaciones que hacen que se inclinen y debe ser por los gestos de todos, no porque tal o cual dicen que se haga de esta o de otra forma, es la mejor manera de estar inclinado. No porque el poder cuidar nuestra intimidad no puede ir de la mano de lo que el otro quiera, sino lo que cada uno desea para su bienestar. Es formar nuestra capacidad de autonomía, de autocontrol, pero no el de la superación del yo como una receta culinaria, más bien es la capacidad de tomar decisiones, de fortalecer la razón de ser y de pensar, es salirse de lo común, de lo que no nos sirve y no nos deja vencer nuestros miedos.

El segundo axioma reza así: *La intimidad es la animalidad específicamente humana*. Este axioma tiene que ver con la forma como el hombre expresa sus sentimientos, aunque a veces se comparen con la reacción de los animales. Pardo lo menciona así en su obra:

El hombre no es un animal porque expresa sus emociones de forma directa, inmediata o brutal (como suponemos que lo hacen los animales cuando los imaginamos como fieras), ni tampoco porque las encauce por canales previamente establecidos por patrones genéticos o instintivos (como suponemos que lo hacen los animales cuando los imaginamos como maquinas) (1996, p. 43).

Es casi experimentar una situación de un ser allegado a uno cuando muestra un cuadro de depresión, o una enfermedad psicológica, que no le es fácil

manejar, o lo mismo cuando un estudiante muestra una rebeldía o un gesto grotesco, esto hace que pensemos que todos los demás serán de esa misma manera. Lo importante, como lo señala Pardo, es ir más allá de esto, no quedarnos con los comportamientos de las demás personas, con una primera imagen, ya que puede ser una manifestación de emoción, pero no de intimidad.

Esto daría el paso a plantear un tercer axioma: Pardo menciona que *me sostengo apoyándome en mis inclinaciones*. Esto nos hace sentir un ser importante para nosotros y un yo valioso para los demás, es una forma de entrar en lo más profundo que tienen y desde luego apoyarnos, pero también es la forma como se puede apoyar en otro, aun desde sus entrañas. Pardo lo menciona así:

Mis gustos y sinsabores me dan la vida (en el mismo sentido en que se dice de alguien que da *de comer*, a otro o que lo mantiene) me hace sentir que lo pierdo, que se me escapa sin que yo pueda hacer nada para retenerla: esos gritos solo pueden ser míos. (1996, p. 45).

Esto que nos menciona Pardo acerca del tercer axioma, tiene que ver con el cuarto axioma, y es la forma como termina este tercero, se debe unir para entender *las inclinaciones inconfesables*, la cual hace una revelación a la mortalidad que posee. La realidad de nuestra propia vida y aun de nuestra muerte. Es rechazar la falacia de la identidad, que se rechaza en la vida social y más en nuestra sociedad tercermundista, empezando por el Estado y continuando con los cimientos de cada hombre, su propia familia, donde se es más vulnerado este principio de identidad, casi pensar la intimidad como máxima, pero es ultrajada por cada uno de los miembros que lo rodean.

Nada menos cierto. La intimidad, la referencia a sí mismo, no constituye un suelo firme, rígido, estable y recto sobre el sostenerse (y que luego podría ser disfrazado, atacado o degradado *desde afuera*, por ejemplo, por el Afuera configurado por la ciudad). Tener intimidad es, al contrario, carecer de apoyo firmes, tener flaquezas (puntos flacos), debilidades, estar apoyado en falso, siempre a punto de precipitarse al vacío, tener un doble fondo (y, por tanto, no tener fondo alguno), un doblez (1996, p. 45-46).



Esta definición de Pardo aterriza al pensar en la sociedad que tiene y más en la sociedad de consumo que nos hace un barril sin fondo, sin ningún lugar de apoyo, porque está buscando la aprobación de los demás, aun la de uno mismo flaquea a la hora de pensar y tener firmeza de poder decidir y más de resguardar nuestra propia intimidad.

Con lo anterior, se puede afirmar con Pardo el quinto axioma: *la verdad íntima de mi vida es una falsedad (su doblez)*. Es retomar de lo anterior, que el hombre en su quehacer diario lo que hace es buscar un espejo que el otro proporciona, para encontrar un sentido de aprobación. Como anota Pardo:

Es decir, la falsedad de mi identidad (yo me tengo a mí mismo, pero no soy yo mismo, no soy idéntico a mí mismo) o mi falta de naturaleza. De quien enseña su intimidad se dicen cosa como que *enseña sus vergüenzas* o que *confiesa sus debilidades* (1996, p. 46).

Se da una mirada, al pensar que los seres humanos desde sus debilidades, hacen lo posible para acceder uno de los derechos fundamentales que posee el hombre en toda su dimensión, se debe de hacer cumplir haciendo referencia a la privacidad de su información y de su foro interno, no puede ser expuesta, ya que todos tenemos la oportunidad de que se nos respete esta dimensión. Así también lo menciona el autor Pablo Dermizaky Peredo en *El derecho a la intimidad*. (Ius et Praxis, vol. 6, núm. 1, 2000).

Estos momentos de introspección forman lo que llamamos nuestra intimidad, nuestro mundo interior, nuestro verdadero ser. De aquí que esta intimidad sea parte de nosotros mismos, de nuestra naturaleza, y, por ende, es un derecho inherente al ser humano, del que no se nos puede privar sino a riesgo de mutilar una parte de nuestro ser. Por ello se habla y se legisla sobre el derecho a la intimidad (p. 178).

La intimidad, siendo una dimensión fundamental, está regida por la jurisprudencia del derecho y más aún con la finalidad del beneficio de salvaguardar el fondo profundo de cada persona. Lamentablemente a veces esta intimidad está por fuera de todos los medios humanos y es corroída empezando por las partes más altas de un País como lo es el señor Estado, hasta llegar al último niño que en estos momentos nace, que ya está expuesto a los medios



sin el derecho a preguntarle si le gusta esa publicación o si quedó bien o si le falta un poco más de color en su piel, en su cabello, o esa ropa no le queda. Esa pregunta está de sobra, y parece que no es de suma importancia la pregunta por el sentido de lo público su derecho a la privacidad. Los padres son los primeros que violentan el pensamiento de cada uno, al decir cosas inadecuadas, sin sentido o llegar a realizar actos que no tiene nada que ver con sus hijos, como la violencia intrafamiliar, la violación, el irrespeto por el pudor del cuerpo, o la falta de compromiso para asumir una opción de vida.

Pardo menciona el sexto axioma indicando que *tener intimidad es no poder identificarse con nada ni con nadie y no poder ser identificado por nada ni por nadie*.

Perturbar la identidad pública con el íntimo temblor de la falsificación o sentir la intimidad propia turbada y avergonzada (ruborizarse) por la pretensión social de identidad. Es por ello que sentimos una pizca de vergüenza –en realidad, vergüenza ajena- cuando el juez, la policía el médico o el funcionario nos pide que nos identifiquemos (1996, p.47).

Esa vergüenza que siente Pardo, la sentimos todos, cuando nos obligan a identificarnos y más a mostrar una credencial, o un pasaporte para poder pasar y no ser retenido. O quitar parte de nuestra intimidad por no poseer el carné de identificación. Es algo ilógico que todos los hombres y mujeres siendo de una misma condición sean sometidos a la humillación de ser identificados. Esto es como darse cuenta de que nos gusta un grupo de música “x”, o gusta cierto equipo, o interesan ciertas situaciones que hacen que se piense en inclinación, será bueno dar a conocer lo que dice Pardo referente a la inclinación. En su obra escribe:

Toda inclinación es una inflexión que destruye la identidad (habitual, convencional, no metafísica) del sujeto, y al mismo tiempo una reflexión que reconstruye otra imagen (nueva o inesperada) que define un nuevo plano de equilibrio (1996, p. 50).

De esto se puede ir pensando en otra forma de definir la intimidad, de ir colocando otros puntos que hacen que la persona crezca y no sea más ultra-



jada, más golpeada por las inconstancias del mismo hombre, por no respetar una situación, o no poseer un carné de identificación, una parte o una forma de valoración humana, llamada intimidad:

Es decir, que *la desviación, la inclinación y, en suma, la intimidad, es la referencia primera con respecto a la cual se determina la –identidad– (relativa) del sujeto*. En una formulación aún más fuerte: toda identidad esta falsificada porque, si el ser del sujeto es curvo, es imposible trazar en él líneas rectas (1996, p. 51).

No se puede rechazar la idea de que no se tiene intimidad al no tener la respuesta a la pregunta *¿Quién soy?*, pero sí se deberá de pensar que no se agota la respuesta a esta pregunta si se le da, o vamos respondiendo por nuestra existencia y mucho menos al por qué de la existencia, la no respuesta no determina nuestra intimidad, solo la va ampliando y fortaleciendo. Dentro de este marco ha de considerarse provisionalmente la siguiente conclusión: La intimidad va ligada, como lo sostiene Pardo, a la *Política*, y de esto el segundo capítulo hará referencia a *la preocupación política de la intimidad*, como un orden *estético* que el hombre posee y le da sentido a ella.

1. La preocupación política de la intimidad en los actos de conciliación

1.1. La política de camino hacia la intimidad.

Desde una mirada al concepto de *Política*. En nuestro ámbito global, haciendo referencia a la categoría *intimidad*, se ve que estos dos conceptos generan sendas diferencias, funcionan de manera que los hombres y mujeres actúan de manera diversa, además vemos que la necesidad de estar por encima del otro hace que atropellemos unos principios sociales. Estos momentos han generado un alto costo humano y han agotado inútilmente muchas iniciativas, de suerte que muchas personas se han arruinado en una cantidad problemas con el afán de cuidar en los ámbitos sociales su intimidad, llegando incluso a los órdenes legislativos, y por qué no, en las mismas decisiones políticas como ciudadanos.

Esto hace que todos los ciudadanos políticamente correctos, hayan cons-



truido en función de un país unas mejores condiciones para que funcione de la mejor manera, aun así, algunos esfuerzos han sido en vano, ese desgaste ha generado una enfermedad que hoy tenemos que padecer. Pero ¿cuál es el problema fundamental, al que nos queremos referir en este primer momento de este acápite?

El problema fundamental, de esta situación que se plantea en este aparte, es la necesidad de como *la Política va mezclada con la intimidad*, en todos los actos de conciliación. Y como la intimidad aun sin tener una ley directa que la acobije, se ve subvalorada, sublevada y más religada al gobernante de turno. Por lo tanto, no es en vano que en Colombia se hable de una posesión de leyes exorbitantes (6 millones) para no tener sino una funcionalidad ir al estrado a determinar la acción, con la ayuda de un tercero para determinar un juicio. Porque en la conciliación no se logró alcanzar la ley natural de los seres humanos dentro de la comunicación asertiva.

Si este planteamiento que se declara en estos momentos hace que el hombre piense diferente, podría estar por encima de muchas condiciones que no se han pensado, o más bien, se dejó a un lado para dedicarnos a un ingente número de formatos, que lo que hacen es ir en contra de la intimidad, ir en contra de un derecho fundamental, como el cuidado de lo personal (íntimo) o por qué no, ir en contra de una historicidad humana que se ha negado la posibilidad de estar ahí y ser cada día mejor, de ser capaz de hacer la funcionalidad del lenguaje sin ofender y sin agredir al que está a tu lado.

Algo pasa en estos lugares. personas que lo único a lo que se han dedicado es a llenar arcas de dinero, manejando la conciencia de las personas y explotando su intimidad. Así, Pardo en su ensayo *Políticas de la Intimidad (Ensayo sobre la falta de excepciones)*, al inicio del texto, plantea dos hipótesis sobre el término:

Ciudad e intimidad son conceptos mutuamente irreductibles, pero radicalmente inseparables; allí donde no hay política, no puede haber en sentido estricto intimidad; y allí donde la intimidad está amenazada, estas amenazas expresan una crisis del espacio civil. (1998, p. 145).

La intimidad está sobrevalorada, se argumentaba en el primer capítulo, con



la condición de que la ley que opera en muchos países es la del *Derecho a la Privacidad*. ¿Cómo podríamos pensar entonces diferente? Si lo que se hace es mezclar muchas cosas para adentrar en la vida íntima, y como no se tiene una ley que proteja, acobije, y lo más interesante que no pasa nada. Y entonces no se está haciendo nada malo, nada en contra de la intimidad.

Es así como las personas que se ven afectadas por la intromisión de su intimidad, o por qué no decirlo de otra manera, por la violación a su intimidad. No se pueden defender sobre el derecho a las cosas que puede guardarse. Las personas que hacen esto, son parecidos aquellos novios celosos, que lo que hace es irrumpiese en la vida íntima de las parejas, y sus parejas no pueden decir nada. O aquellas personas que violan el espacio de una mujer o una mujer viola el espacio de un hombre, esto genera una cuestión. Que se debe conciliar para no afectar mas esa intimidad. Se puede generar una nueva pregunta ¿Cómo regular esta problemática, el poder resguardar la intimidad de las personas sin limitar ninguna condición?

Pardo en su texto *Política de la Intimidad*, inicia realizando una observación acerca del vocablo *Poder*. Y dice que encierra una ambigüedad: Puede referirse tanto a la *potencia* como a la *potestad*. Teniendo en cuenta que la *potencia* se refiere a una fuerza natural. Y la *potestad* a un poder que se ejerce mayor al que se puede tener.

En cambio, *El Poder Político*, dice Pardo, parece mejor designado en acepción de *Potestad*, puesto que la potestad implica necesariamente una limitación que no es necesariamente natural. Así también en el texto se hace referencia a una teoría presentada por Th. Hobbes, acerca del poder político:

Ejerce su poder hasta un límite, los confines del espacio público, más allá del cual no tiene potestad para actuar, legislar ni juzgar. El espacio así exceptuado es el espacio privado, en donde reside la inalienable potencia que, de modo excepcional, no está sometida al poder político (potestad). Por ello, el espacio público es necesariamente un espacio de iguales (iguales en potestad), mientras que en el espacio privado impera la potencia (Pardo, 1998. P. 146).

Teniendo en cuenta esta posición que Pardo nos regala en su obra, respecto



a *La Política de la Intimidad*, ve que el poder público debe de ir haciendo un campo de mejoramiento para las personas que se presentan, de este modo la población puede ir afianzando su intimidad, saliéndose de los paramentos que posee la privacidad. Por ende, el hombre puede guardarse lo que es propio y hacer de lo público que le corresponde, un sacrosanto momento de privacidad.

Una gran división, referente al término privacidad, intimidad. Es aquí donde reside toda discusión y es tanto la parte de la funcionalidad del derecho, como en el concepto. No se ha generado una ley que obligue al respeto por la intimidad y más bien ha generado, unas leyes a la privacidad, desde el campo privativo, individual. Como es el caso de la ley de reserva de los datos personales sobre un cliente en una identidad comercial, bancaria, de salud y también educativa, (Derecho Al Habeas Data).

Pero el incluirse en la vida íntima de una persona, como es el caso de las redes sociales, para generar una discusión por medio de los famosos *memes*, que reciben un *Like*, o la puesta en escena de una persona por medio de estos *mass-media*, lo que hace es violentar a las personas poniéndolas en ridículos y volviéndolas *virales*. La privacidad puede ser juzgada, pero ¿cómo reparar el daño de lo íntimo? Aquel daño cuya función es destrozarse lo más propio de cada persona, las fibras más débiles que se debe de ir fortaleciendo para el buen funcionamiento de la intimidad, lo más cercano a lo sagrado que se puede conocer en la humanidad.

Pardo, en su libro *Nunca fue tan hermosa la basura*, en un ensayo que reposa ahí, dice acerca de la intimidad, para así ampliar un poco más el término de lo que estábamos planteado en el párrafo anterior, que:

La intimidad mantiene una estrecha relación con la *ruina*, esto no deja de ser paradójico. Si bien es cierto que un edificio recién construido, una habitación perfectamente ordenada o una casa a estrenar no sugiere en absoluto sensación de intimidad, también lo es que, al menos a primera vista, no asociamos la intimidad con las fincas apuntaladas a los inmuebles abandonados, que más bien imaginaríamos como símbolo de lo inhóspito y de la desolación. (2010, p. 149).

Pardo sigue dándonos apuntes acerca de lo que es íntimo, para unos y para



otros. Es un comentario que puede ser utilizado para cualquier cosa en los escenarios progresistas. Cómo podríamos operar en lo referente a este término tan abusado y a la vez tan olvidado a la hora de hacerle justicia. La intimidad no es sino un simple suspiro de cada ser humano, el cual solo se puede tener en cuenta, cuando el ser humano está asfixiado por el otro, que no le permite el libre desarrollo de su libertad, de su esencia y de su ser único.

1.2. El Lenguaje Como Poder Político Y Su Enfrentamiento Con La Intimidación.

Es interesante examinar el problema también desde otro punto de vista, Pardo menciona en su libro *La Intimidación*, en un apartado del primer capítulo, sobre el lenguaje que maneja la intimidación, y cómo se debe de ampliar para poder aplicar las funcionalidades de la conciliación.

La lengua tiene una dimensión pública (que suele acaparar todo el contenido racional o lógico del habla), un significado social y transparente que lo hace luminosamente accesible a todos sus usuarios, no puede ser efectivamente *hablado* (e incluso en ello: escrito) sin segregar una dimensión íntima (la acción del lenguaje sobre sí mismo, a la que se suelen relegar los contenidos –o quizá continentes- emocionales), un sentido opaco y singular inaccesible para todos salvo para quien *lo habla desde dentro*. (1996, p. 51-52).

La pregunta por el lenguaje de la intimidación, propuesta que abre la posibilidad de dos caminos, se hace interesante, y en la cual a veces los hombres y mujeres son tan fascinantes que quieren transparentar los dos momentos, el de adentro y el de afuera. La vida del hombre en su constante caminar, hace que todos tengan la posibilidad de hablar de una manera que a veces solo así mismo se entiende el misterio del lenguaje.

Por eso el poeta quiere dar entender un lenguaje de adentro (íntimo), pero, lo recibimos afuera, se debe hacer para nosotros un estilo de vida diferente de adentro hacia afuera, sin perder la intimidad, pero sí aportando de lo íntimo. Como la pregunta ¿Quién soy?, esa de quien las personas quieren agotarla, destruirla, desmembrarla para así dar una respuesta o una afirmación, sé quién soy.

Ante esta posibilidad, de una factible unión entre el lenguaje y la intimidad, Pardo menciona en su obra, *La Intimidad*: “Si pudiéramos hablar el lenguaje desde afuera, (por encima) entonces realizaríamos su universalidad potencial, el discurso serio cristalino y la argumentación” (1996, p. 52). Es así como todos suponemos conocer las personas, lo más difícil, como lo menciona Byung-Chul Han, en su libro *La Sociedad de la Transparencia*:

Hoy habríamos de contestar, frente a su diagnóstico de la época: en el momento no experimentamos el final del panóptico, sino el comienzo de un panóptico de tipo completamente nuevo, *no perspectivista*. El panóptico digital del siglo XXI carece de perspectiva en el sentido de que no vigilado desde el único control por la omnipotencia de la mirada despótica. (2013, p. 87-88).

Sería fácil pensar que todos ahora manejamos otro lenguaje, el digital, ese que viaja de un lugar a otro, de un momento a otro, de una historia a otra, pero lo más inquietante es que nosotros los seres humanos que tenemos el lenguaje lógico clásico y el lenguaje simbólico, se hace prestado para esta burla de la intimidad humana. Es del mismo modo como lo más interesante del momento que puede pasar es el *like*, que se espera de una fotografía o un comentario personal que depositamos en una *red social*, esperando ser reconocidos de una u otra forma. Perdiend la posibilidad de la conciliación si de verdad es o no una intención de me gusta o ¿Qué? Así justamente lo menciona Byung-Chul Han, en su libro aludido más arriba:

El mundo no es hoy ningún teatro en el que se representen y lean acciones y sentimientos, sino un *mercado* en el que se exponen, vende y consumen intimidades. El teatro es un lugar de representación. Mientras que el mercado es un lugar de exposición. Hoy, la representación teatral cede el puesto a la exposición pornográfica (2013, p. 68).

En general es común lo que el mundo actual propone con la intimidad, puesta como una pornografía expuesta a cualquier mercader, la vida del hombre y de la mujer, dejan de ser puesta como lo mencionábamos en el lenguaje algo de un ser propio, o de la respuesta que cada uno va dejando entrever sobre ¿quién es? Pero esta abundante pornografía que se expone hace que el



hombre pierda una dimensión personal que se había construido a través del tiempo. Dicho de otra manera, aludiendo a la conciliación será:

En este modelo, el énfasis para superar el conflicto está puesto en el contenido de lo que se está tratando y no en la relación entre las personas. Señala la necesidad de separar las personas del problema. Respecto de la teoría que la soporta, agrega Demicheli, se concibe al mediador como un regulador de la comunicación entre las partes. Este dirige la conversación y establece las pausas necesarias para que la instancia de negociación no sea un “diálogo de sordos”. Y de las técnicas utilizadas en este modelo, refiere que el mediador ocupa una posición neutral, que el procedimiento está estructurado en etapas: análisis, planeación y discusión y que tal modelo se centra en la búsqueda de una solución colaborativa. Termina diciendo que el objetivo del modelo es Resolver el conflicto consiguiendo un acuerdo, en el nivel del contenido, que permita dar satisfacción a los intereses de las partes. (Ángel & Sánchez, n.d.)

De esta manera el hombre deja a un lado todos los momentos morales que se le hayan generado en el hogar, en la escuela, en la formación que haya recibido de cualquier parte. Esta pierde valor, en el sentido de que el lenguaje utilizado para este momento no es más que una simple apariencia que los hombres poseemos mostrar, que la intimidad y la conciliación dado como objeto de habla o se pierde el sentido de lo que ella significa. Así Pardo no lo muestra en su obra *La intimidad*, al referirse sobre el lenguaje:

De modo que la intimidad, más que presentarse como una condición del lenguaje, aparece como un efecto suyo, pero un efecto tan necesario que su falta es suficiente para que el lenguaje deje de ser una lengua efectivamente hablada por seres humanos. Ahora bien, ese fondo (o más bien doble fondo) de intimidad cuya sombra se añade a la superficie brillante del significado público de las palabras, ese doblez del lenguaje, no siendo lo que nos hace posible hablar con otros, es sin embargo lo único que hace que hablar con otros nos *merezca la pena* o, dicho de otro modo, *nos guste* (1996, p. 53).

Viendo este sentido que presenta el autor, obliga a pensar que el lenguaje



fuera de ser una superficie humana también puede atropellar otra situación que es de seres humanos y debe estar resguardado como un cofre blindado, que ni el lenguaje podría penetrar. Pero el lenguaje no es el problema real de esta situación, pues no es más que los mismos seres humanos los que hacen que ella pierda valor y sentido y no cumpla la función de su significado.

La intimidad suena como un sentido público, y el lenguaje tiene una condición diferente a lo que ella presenta. Así lo menciona Pardo, “la intimidad no hace posible el lenguaje, -para eso está la ciudad- *pero lo hace real*, le confiere ser. Sin intimidad podría haber lenguaje, pero nadie podría (además de que nadie querría) hablarlo” (p. 54). El lenguaje fortalece el sentido íntimo, da valor a la intimidad y hace que los hombres y mujeres hablen en esa clave.

Teniendo en cuenta que las palabras pueden colocar en dificultad por su significado, Pardo, menciona que “la intimidad aparece en el lenguaje como lo que el lenguaje no puede (sino que quiere) decir, o sea, como resonancia del lenguaje sobre sí mismo, su propio espesor lingual, su ser”. (1996, p. 55). Podría pensar en esta parte, como lo hace el libro *La intimidad*, el caso del sordo, aquel que posee la dificultad tanto del habla como del oír. Esta forma hace que el hombre tenga una pregunta, si antes decía sobre el lenguaje como expresión de la intimidad, ahora preguntar si esa forma de expresividad que posee los que tienen discapacidad auditiva y del habla como una forma de expresar un lenguaje no convencional de construcción de códigos, sino, un lenguaje que tiene una forma de adentrarse en el símbolo más que el signo.

Pensar que el lenguaje no convencional de señales que dicen y expresan todo lo que se quiere decir, también resguardan una intimidad y la conciliación de solo decir una sola parte del símbolo y dejar al signo como una expresividad de la intimidad. Por eso como Pardo lo menciona, solo queda la intimidad en el silencio, no en esa forma de algarabía que se presenta cuando estamos en el diálogo con una persona, será lo mismo para los sordos que tendrían mayor intimidad porque no expresan sino un silencio de señas interpretadas. El ejemplo más propio de la seña lo hace el imperio romano, cuando en el coliseo ponía su pulgar en una posición hace que todos estén a la expectativa de si perdona la vida o si debe de morir, esta conciliación entre el Publio expectante y el emperador juez hace una conciliación dentro de una seña.

La intimidad como acto del lenguaje, aunque a veces se ve que no es nece-



sario el habla, más bien el silencio se hace elocuente. Se ve necesario pensar que, si no hay una intimidad, no sirve para nada el callar y al mismo tiempo hablar. Se podría ver que la intimidad en un mundo de ruidos, disperso, extravagante, colorido, y quien sabe que más, ha perdido el sentido de lo íntimo, y se ha convertido en un acto tan público que aun los estamentos estatales deben de recurrir a la violación del carácter íntimo, al querer dominar un ciudadanía con un estrategias fatales, interferencias, espionaje, revisión de cuentas, ultraje del buen nombre por no haber accedido a rozar la intimidad y no dejar que su lenguaje callara por el bien de unos cuantos. Así se recobra el sentido por el respeto a la privacidad íntima de cada ser humano.

Es fácil comprender por qué al hablar de intimidad, Pardo hace una referencia a la *trasgresión*, que se relaciona con la categoría estética en este caso de la intimidad. Es por eso por lo que, en su ensayo sobre *La Política de la Intimidad*, lo que plantea Foucault y Bataille, menciona que *el sexo*, tiene una prohibición en cuenta de su expresividad o la forma como se manifiesta. Por eso Foucault, en *Vigilar y Castigar*, menciona: “que hay que renunciar a pensar el discurso sobre el sexo *en términos de ley, prohibición, libertad y soberanía... se trata de pensar el sexo sin ley*” (p. 159). Porque se sabe que el poder ha hecho una trasgresión del término y de su manifestación. Así en el texto, siguiendo a estos pensadores, Pardo menciona:

Podemos decirlo de este modo: en la medida en que la sexualidad se vacía del sentido sagrado de la trasgresión y pierde su relación con una prohibición que no es absoluto la del poder político, en la medida que se *libera* del último vínculo que mantenía en el interdicto –la noción cristiana del *pecado de la carne*–, en esa misma medida la desacralización es aprovechada por los nuevos micropoderes para instaurar una medicalización, una psiquiatrización y una psicologización, una judicialización, y una policialización, y una mercantilización de la sexualidad... (1998, p.159).

Bien se puede afirmar que lo hace el sexo en los seres humanos, debe de mezclarse con la noción *intimidad*, pero muchos sistemas han puesto en toda la historia el sexo como una forma de distracción y dominio sobre el ser humano, así es la forma como muchas personas ven el sexo tan simple, cuya confusión entre sexualidad y sexo es cruda, pues no son capaces de identificar



que la sexualidad es capaz de crear un sentido de intimidad, y el sexo es la forma de manifestar un simple hecho natural, que parte de la vida íntima. Y muchas de las conciliaciones de las parejas se caen al momento de ellos entrar en la intimidad sexual.

Pardo menciona que la Política moderna es *bio- política*. Esta expresión directa del poder sobre la vida (y sobre aquello que constituye el modelo de la más íntima proximidad entre el cuerpo y el alma). (1998, p.160). Se ve la forma como la política quiere estar por encima de todo lo que genere una adicción y más que el Estado se sirve para dominar el mundo, a través de los mismos vicios.

Este motivo puede entenderse también, como lo menciona Pardo en su ensayo, siguiendo una definición de G. Agamben, en esta referencia a la *Política Nueva*: “La política nueva, no es una cosa que se puede deducir de esas indicaciones, pero si sabemos que, aunque no pueda restaurar aquel viejo orden, tendrá que encontrar, de acuerdo con su relato, un equilibrio al menos similar al que los griegos habrían logrado entre *bios y zoé*”. (citado en Pardo. 1998, p. 170).

Esto es, pues, lo que el autor ha querido mostrar como una nueva política, que no ha salido del rincón de lo que se pensaba en los griegos, es así como se ve que la política parte de una explicación que hace que se adentren en el sentido de cada ser humano, que se vuelva por cada uno de los más necesitados, que salgan a pensar que la vida política puede transformar la vida no solo de un solo ser, (burgués, feudal, autócrata o esclavo, niño o mujer). Debe de pensar en todos y para todos, aun pensar en el sentido íntimo de cada uno de ellos.

No es más quien esté por encima de cada uno por su condición política, es más quien piensa que la vida no solo es un sentir material de unos cuantos, sino, el sentir de todos, que la política no puede dejar de lado el sentido estético de lo que conlleva ser un dirigente, no es aquel de postal, o de revistas de farándula, es aquel que es capaz de ser ético-estético de la vida personal sin ser agresivo con la intimidad de cada persona.

Lo nefasto de la política de la intimidad, es la forma tan ajada que ha tenido en ciertos lugares que debían de actuar de otra manera, con el respeto de los



libres desarrollos de las personalidades, la libertad de expresión y al mismo tiempo del sentido estético de cada uno y el resguardo de las intimidades personales de cada hombre y de cada mujer.

La conciliación es un acto de intimidad así lo narra (el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia). entre dos personas, que esperan obtener una solución a su conflicto, es un haz bajo la manga, el poder tener como referente la acción de poder organizar y mediar dentro de un conflicto. Se puede observar la definición de la palabra.

Etimológicamente la palabra proceso viene del latín *processus* que significa acción de ir hacia adelante. En el Diccionario de la Lengua Española el término se encuentra definido como el conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial. Todo proceso, como lo refieren las definiciones entregadas, está compuesto de varias etapas o estadios que en rigor deben ser agotados en forma lógica, secuencial o sucesiva para efectos de que el resultado querido se pueda alcanzar. Así, el proceso conciliatorio, como el judicial, tienen en su estructura una composición tal que, para alcanzar el resultado pretendido, exige conocer y seguir de manera rigurosa las etapas que lo componen. (Ángel & Sánchez, n.d.)

Conclusión

Desde la postura de Pardo no puede perderse la intimidad, cuando el actuar del otro afecta nuestros derechos, la conciliación es primero un ejercicio interno, en el cual cada sujeto interpreta que es lo más conveniente, sin afectar de manera drástica la intimidad. Ese querer se manifiesta a través del lenguaje, lenguaje que se convierte a su vez en protección al derecho de la intimidad. Cada sujeto debe velar por sí mismo, pero no dejando de reconocer que es parte de una sociedad, y para la solución de conflictos el uso de lenguaje es fundamental para tratar de afectar lo menos posible el derecho a la intimidad.

Referencia

Ángel, M., & Sánchez, M. (n.d.). *Resolving the conflict through the process of conciliation at the conciliation*. Retrieved from <http://bibliotecadigital.>



udea.edu.co/bitstream/10495/2294/1/El tratamiento del conflicto a través del proceso de conciliación en el centro de conciliación Luis Fernando Vélez Véles.pdf

Correa, D. (2016), , *Estetica de la intimidad una desarticulacion entre la privacidad y la publicidad en la filosofia de José Luis Pardo* (Tesis de Maestria). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana. Recuperado de: <https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/3101>

Colom, T. T. M. y S. M. (2008). La conciliación de las jóvenes trabajadoras: nuevos discursos, viejos problemas. *Revista de Estudios de Juventud*, 83. Retrieved from <https://issuu.com/injuve/docs/revista83b>



Conducta del conciliador: una mirada desde la neurociencia

Santiago Restrepo Restrepo¹; Manuel José Gómez Restrepo²;
Adriana Patricia Arboleda López³

Adriana Patricia Arboleda López. Posdoctora en Derecho de la Universidad Nacional y en ciencias de la Educación con enfoque en investigación compleja y transdisciplinar de la Universidad Simón Bolívar. Doctora en Derecho Procesal Contemporáneo. Magister en Derecho Procesal. Especialista en Derecho Administrativo. Docente investigadora de la Corporación Universitaria Americana, directora del Centro de Conciliación Americana.
E-mail: aarboleda@americana.edu.co

“La flexibilidad, la resistencia, y la incertidumbre, esa especie de aventura, están en nuestro sistema nervioso, forman parte de la vida”.

Oliver Sacks

Resumen

La conducta del conciliador es uno de los elementos centrales para lograr una conciliación exitosa, entendiéndola como un mecanismo complementario al aparato judicial, y una forma civilizada de solucionar conflictos y diferencias. El conciliador en derecho, como la persona que guía la conciliación, es responsable en gran medida de un adecuado manejo del conflicto jurídico que los ciudadanos ponen en sus manos para que este les ayude a solucionarlo. El presente capítulo desde la interdisciplinariedad de cada uno de sus

1 . Postdoctor en Ciencias. Doctor en Neurociencia Cognitiva Aplicada. Psicólogo. Especialista en Psicología de las Organizaciones, con estudios de maestría en Neuropsicología, Investigador – profesor TC en la Corporación Universitaria Americana sede Medellín. E-mail: srestrepo@americana.edu.co

2 Máster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España. Politólogo Universidad de Antioquia. Abogado y Especialista en Derecho Público de la Universidad EAFIT. Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. E-mail: mjgomez@americana.edu.co

3 Posdoctora en ciencias de la Educación con enfoque en investigación compleja y transdisciplinar por la Universidad Simón Bolívar Barranquilla Colombia. Abogada conciliadora. Doctora en Derecho Procesal Contemporáneo por la Universidad de Medellín, Colombia. Especialista en Derecho Administrativo. Magister en Derecho Procesal por Universidad de Medellín Colombia. Docente investigadora de la Corporación Universitaria Americana. Mail: aarboleda@americana.edu.co

autores visibiliza que el derecho hoy en día, no solo resuelve conflictos, sino que es un regulador del comportamiento social por lo que se analiza el ser humano desde su integralidad, incorporando de manera especial la relación que existe entre la Neurocognición, la Neuroanatomía y la Neurofisiología con la conducta humana en general, y de forma especial en el ámbito de la conciliación, elementos que son integrados por un saber emergente denominado Neurociencia, posteriormente se describe que es la conciliación, y cuál es la conducta idónea en un conciliador en derecho para terminar en unas breves conclusiones.

Palabras clave: Conciliación; Conducta; Evolución; Sociedad; Neurociencia.

Abstract

Conciliation as an alternative mechanism to the judicial system, is a civilized way to solve conflicts and differences. The conciliator in law, as the person who guides the conciliation, is responsible to a large extent for an adequate handling of the legal conflict that the citizens put in their hands so that this helps them to solve it. It is for this reason that the behavior of the conciliator is one of the central elements that helps achieve a successful conciliation. This chapter analyzes the human being from its integrality, incorporating the special relationship that exists between Neurocognition, Neuroanatomy and Neurophysiology with human behavior in general, and especially in the field of crime and conciliation, elements which are integrated by an emerging knowledge called Neuroscience, Then it is described that it is a conciliation, and what is the ideal behavior in a conciliator in law to end with a few brief conclusions.

Introducción

Desde los inicios de la humanidad, el Ser Humano como especie, se ha enfrentado al gran reto de coexistir con otros seres más fuertes, grandes o mejor preparados para la supervivencia y la caza en un ambiente hostil. Se observa al Hombre en sus comienzos: pequeño y frágil, sin garras ni afilados dientes, con poco pelaje para sobrevivir al invierno y masa muscular reducida para soportar golpes en feroces luchas, poco tejido adiposo para protegerse en el



invierno o contener reservas nutricionales en épocas de carencia alimentaria; este animal humano tenía como única opción para sobrevivir, aprovechar una serie de factores coadyuvantes de la evolución, a saber: su forma bípeda que le possibilitaba caminar erguido, el desarrollo de sus manos y manejo del pulgar con movimiento de “pinza” que facilitó la manipulación de herramientas; el sentido gregario común entre los mamíferos superiores, pero sobre todo, el desarrollo acelerado de la masa encefálica, la especialización de su sistema nervioso, de sus estructuras frontales y neocorticales, que empezaron a interactuar sobre las límbicas y en algunas oportunidades, sobrepasarlas. En un principio el llamado “cerebro reptil” conformado básicamente por el tronco encefálico y el cerebelo, preparaba al hombre primitivo para escapar de sus depredadores, defenderse, cazar con eficiencia y proteger sus territorios; emitía las mismas respuestas todos los demás animales ante el peligro, como son: inmovilidad, huida o ataque.

Varios factores evolutivos, incluso algunos hoy desconocidos, combinados con el paso del tiempo y el desarrollo cultural, ayudaron a que ese animal humano dominara y modificara cada vez su entorno, sus enemigos naturales fueron eliminándose o controlándose, los peligros reales se fueron decreciendo y así ha continuado hasta el momento actual, donde el alimento se consigue en las tiendas o mercados, la “caza” se da en la forma de un contrato laboral o un logro académico, y los retos se circunscriben en gran medida a la aceptación social, la búsqueda y el alcance subjetivo de la “felicidad”.

Cuando se presentan alteraciones biológicas o espacios socioculturales poco adaptativos, es posible que estas conductas defensivas se lleven a extremos desproporcionales, cuando conductas violentas que en algunos casos serían patológicas, como los llamados “trastornos de la personalidad”.

1. El ser humano desde la integralidad

Hace aproximadamente un millón de años que el Ser Humano deambula por la tierra, y en ese lapso ha desarrollado complejos sistemas sociales producto de la integración entre el ambiente, la cultura y la biología. La evolución de la especie ha llevado al desarrollo del sistema nervioso central, específicamente del encéfalo, lo que ha permitido elaborados procesos cogni-

tivos gracias a los cuales el hombre piensa y se piensa; una de las diferencias fundamentales entre el animal humano y otros animales, es la capacidad de interiorizar y verse a sí mismo como ser mortal, y es este conocimiento el que lo lleva a generar acciones de trascendencia, a construir grandes monumentos, obras artísticas e incluso, a pensar en una vida después de la vida y desde allí, un sistema de valores y comportamientos éticos. Puede describirse al ser humano entonces, como el resultado de la interacción entre biología, cultura, sociedad, constructos psicológicos, espiritualidad y trascendencia.

En general se puede entender la cultura como un tejido social complejo que incorpora las diferentes expresiones de una sociedad específica, por lo tanto, las costumbres, las prácticas, las maneras de ser, los rituales, los tipos de vestimenta y las normas de comportamiento son aspectos incluidos en la cultura. La UNESCO en México (1982) declara que la cultura “permite al ser humano la capacidad de reflexión sobre sí mismo: a través de ella, el hombre discierne valores y busca nuevas significaciones”, este concepto es retomado por Amaia Makua (2015)

La conducta como expresión de la personalidad, es todo acto manifiesto (observable por vía sensorial) o encubierto (no observable por vía sensorial, tales como las emociones, los sentimientos o los pensamientos) que acompañan el quehacer humano, tal como dicen Pérez y Merino (2018), la *conducta* puede entenderse como la manera en que una persona se comporta en diversos ámbitos de su vida, es decir, que el término podría emplearse como sinónimo de *comportamiento*, puesto que se refiere a las acciones que desarrolla un sujeto frente a los estímulos que recibe y a los vínculos que establece con su entorno.

La Personalidad se describe como la forma de ser, sentir y comportar que tienen las personas; puede identificarse en tres tipos básicos, a saber: asertiva, agresiva y pasiva. La persona asertiva suele ser la única de los tres tipos que usualmente acaba consiguiendo las metas que se ha propuesto; la persona agresiva en un principio puede creer que ha ganado una contienda o discusión, pero al final habrá sembrado un ambiente inadecuado a su alrededor, donde difícilmente tendrá relaciones duraderas, leales o confiables; la persona pasiva por lo general no se propone ninguna meta porque está convencida



que nunca podrá alcanzarla. Cuando nos referimos a *personalidad antisocial*¹, usualmente la ubicamos en personas con personalidad agresiva y pasiva.

Varios investigadores han postulado teorías referentes a la personalidad y al desarrollo de conductas morales. Entre los más relevantes se encuentran:

Eysenck (1998), quien combina la tradición correlacional (modelo descriptivo o taxonómico) con la experimental (modelo causal o explicativo), en el habla de tres dimensiones independientes para describir la personalidad: Psicoticismo (P), Extraversión (E) y Neuroticismo (N), donde enlaza las dimensiones con procesos psicofisiológicos que explican las diferencias individuales conductuales.

Freud (1889), conocido como el fundador del psicoanálisis, desarrolló 5 teorías para explicar la personalidad: la topográfica (1900) donde divide la mente en lugares simbólicos llamados consciente, preconsciente e inconsciente, siendo este último, donde habitan las fantasías, los impulsos y los miedos. El modelo dinámico concibe los síntomas psicopatológicos como formaciones que permiten una gratificación parcial de los impulsos a la vez que causan malestar, actuando como un castigo contra la conducta personal. El modelo económico (1914 – 1920) distingue entre la pulsión sexual o de reproducción, que lleva a la supervivencia de la especie, y la de autoconservación, focalizada en la del propio individuo. El modelo genético describe las cinco fases del desarrollo psicosexual donde explica el comportamiento humano regido por la búsqueda de la gratificación y del placer. El modelo estructural (1923) postula la existencia del aparato psíquico compuesto por tres instancias a saber: Id, ego y superego, donde los conflictos presentes entre estos serían los causantes de las psicopatologías.

Erikson (1972) reinterpretó las teorías de Freud enfatizando al YO como una fuerza psíquica capaz de organizar el comportamiento una vez alcanzada la madures física y mental del sujeto. El aporte de Erikson fue el integrar al este desarrollo la influencia de la cultura y la sociedad eliminando un poco el determinismo genético.

1 El trastorno de personalidad antisocial, a veces llamado sociopatía, es una afección mental en la que una persona no muestra ninguna consideración por lo bueno y lo malo, e ignora los derechos y los sentimientos de los demás de manera sistemática (<https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/antisocial-personality-disorder/symptoms-causes/syc-20353928>)

Lawrence Kohlberg ya en el siglo XXI, aporta al estudio de la personalidad, el concepto del desarrollo de la moral, es decir, la capacidad de distinguir lo que está “bien” delo que está “mal”. Postula que hay 6 etapas que se engloban en tres categorías, a saber: preconvencional, convencional y posconvencional, donde cada una de ellas se va dando en edades específicas y bajo condiciones sociales determinadas y determinantes.

Otros investigadores de gran relevancia como *Chomsky* (1928 a la fecha), *Vygotsky* (1896 – 1934), *Piaget* (1896 – 1980), dieron significativos aportes al estudio del comportamiento humano, y al desarrollo de estrategias de personalidad adaptativas que facilitan la convivencia.

De acuerdo con datos obtenidos por UNICEF (1999), en 1990 había alrededor de 5.000 millones de personas en el mundo, para 2050 serán cerca de 10.000 millones de los cuales 2.400 serán menores de 18 años. Esta información lleva a pensar en la responsabilidad que tienen las diferentes ciencias sociales (derecho, psicología, sociología) para promover el sano desarrollo de la personalidad y la conducta.

2. Neurociencia

La neurociencia² en sí misma no es una disciplina única, es un híbrido ecléctico de varios saberes que estudian el comportamiento humano en combinación con la medicina y las ciencias de la salud. De una manera general el sistema nervioso está dividido funcional y estructuralmente en sistema nervioso central (SNC) y sistema nervioso periférico (SNP). El SNC a su vez se divide en encéfalo, cerebelo y médula espinal. El encéfalo está compuesto por dos grandes estructuras llamadas hemisferios (izquierdo y derecho) y por cuatro lóbulos: frontal, parietal, temporal y occipital. En todas estas estructuras neuroanatómicas se encuentran otras más, muchas de ellas con relevancia en los procesos neurocognitivos superiores, como son la atención, memoria, sensación – percepción, lenguaje, funciones ejecutivas entre otros.

2 El estudio de las bases biológicas de la conducta humana. La de Neurociencia cognitiva; definida por Carles como “la disciplina que busca entender cómo la función cerebral da lugar a las actividades mentales, tales como la percepción, la memoria, el lenguaje e incluso la conciencia” (<https://psicologiy-mente.com/neurociencias/neurociencias-mente-humana>)



En el proceso de toma de decisiones y conducta moral se hace referencia a dos áreas específicas, a saber: circuito dopaminérgico de la corteza prefrontal y corteza orbitofrontal (Puelles, L. 2006).

Circuito dopaminérgico: tiene su origen en diferentes estructuras del encefalo formado por red neural que puede clasificarse en circuitos: el primero de ellos se origina en la sustancia *nigra* se dirige al cuerpo estriado, se relaciona con los movimientos involuntarios del sistema extrapiramidal. El segundo sitio se origina en el área tegmental ventral y desde allí parte hacia la corteza prefrontal, el hipocampo, el hipotálamo, el núcleo amigdalino, núcleo accumbens, entre otros, todos ellos de gran relación con las emociones y el placer. La dopamina es un neurotransmisor del tipo catecolamina cuya acción puede modificar de manera sustancial los receptores D1 y D2 prefrontales, de gran relevancia en las adicciones, la activación y la motivación de la conducta.

Corteza orbitofrontal: Puede ser vista como un centro de integración del contenido emocional con otras zonas de la corteza cerebral, en especial con el sistema límbico, muy relacionada con el valor de la recompensa derivada de la toma de decisiones. Sus amplias conexiones con los ganglios basales, la amígdala y otras regiones de la corteza prefrontal le permiten recibir aferencias polimodales entre las que se encuentran las emocionales, sin embargo, en el ser humano los mecanismos de recompensa son mucho más complejos pues involucran estímulos de gratificación creados artificialmente (dinero, aceptación, aprobación verbal, etc.). La corteza orbitofrontal también posee zonas que detectan los estímulos de no-recompensa, que anticipan la extinción de ciertas conductas borrando las asociaciones que se hayan hecho a través del reforzamiento.

Empatía y neuronas espejo: La empatía es el proceso mediante el cual algunos animales, entre ellos el hombre, interpretan los mensajes enviados por otros animales o por su entorno. En los seres humanos la identificación con otras personas o con otros animales lleva a incorporar emociones o sensaciones, es decir, a generar reacciones similares a las observadas, aunque de menor intensidad. Esta asimilación emocional o comportamental se explica por las neuronas especulares o neuronas *cubelli*, que llevan ese nombre por activarse cuando se observa a otro animal (o persona) ejecutando una acción o expresando una emoción, por lo que sugiere algún sistema reflejo o imitativo, como parte de la base del aprendizaje social. Las neuronas espejo se encuen-

tran ubicadas en la corteza premotora, en su zona suplementaria, en la corteza primaria somatosensorial, en el área de Broca y en la corteza inferior parietal. De acuerdo con estudios recientes se cree que estas neuronas desempeñan una función importante dentro de las capacidades cognitivas ligadas a la vida social (Knott A. 2012)

Lóbulo frontal: Esta ubicado en la parte anterior de la cara lateral del encefalo, donde los dos tercios anteriores de esta cara se separan del tercio posterior por la cisura de Rolando. Desde la cara media del lóbulo frontal se delimita por el surco calloso marginal que lo separa del lóbulo límbico, estructura que juega un papel protagónico en la producción de respuestas emocionales involucradas en la toma de decisiones y ejecución de conductas, tanto adaptativas como patológicas. El lóbulo límbico comprende un grupo de estructuras corticales en forma de “C”, ellas son: área septal, giro del cíngulo, hipocampo y giro parahipocampal (Kiernan, J. 2006), las cuales establecen una serie de conexiones con estructuras subcorticales en especial aquellas diencefálicas que constituyen todo el sistema Límbico o “cerebro emocional”.

Desde la filogenética, el lóbulo frontal tiene el desarrollo más tardío; en el ser humano presenta un incremento en el volumen siendo esta una de las principales características de los homínidos superiores, y se cree, es el responsable de los avances en la relación social y el comportamiento cultural (Comas, J. 1970). Desde la ontogenia es el lóbulo de maduración más tardío, en el ser humano marca la culminación del proceso de mielinización y el desarrollo de la arborización sináptica, la cual, según algunos estudios de neuroimagen, culmina en la adolescencia.

Sinapsis y conducta: La base de todo comportamiento humano, sea manifiesto o encubierto, está en la conducción y transmisión sináptica, en esas uniones electroquímicas que se dan entre las neuronas y que posibilitan los sentimientos, emociones, pensamientos o acciones; una sola neurona puede integrar entre 10.000 y 15.000 conexiones, todas procedentes de otras neuronas y/o células gliales. Si todo el cerebro cuenta con 100.000 millones de neuronas aproximadamente, el promedio de sinapsis existente en un cerebro humano un total de 1.000 billones de sinapsis, 100.000 millones de neuronas promedio por 10.000 conexiones cada una, esto es un uno seguido de quince ceros. Según cuanto dure y se repita un impulso en ciertos periodos de tiempo, las acciones combinadas de los primeros y segundos mensajeros tenderán



a cambiar la estructura y facilidad de apertura de canales donde podrían inducir a cambios en el metabolismo y la estructura de la membrana celular. La proximidad entre dendritas y axones también depende de la frecuencia con la que la sinapsis se realice. Las sinapsis que forman las dendritas y los axones no tienen una programación genética predeterminada, de hecho, el nivel de expresión de un gen dado puede estar determinado por las particularidades de la experiencia. Esta información es importante por cuanto marca una predisposición biológica hacia comportamientos humanos, sin embargo, muestra la posibilidad de intervenir desde el ambiente y el aprendizaje social, pautas morales, éticas y culturales. El aprendizaje y la memoria se explica desde la neurociencia, como los potenciales sinápticos y su duración entre milisegundos y segundos, el tiempo suficiente para ejercer un efecto transitorio sobre la excitabilidad de las células postsinápticas. Si las sinapsis están comprometidas en los cambios de conductas a largo plazo relacionados con el aprendizaje y la memoria, las neuronas deben mostrar modificaciones en la eficacia sináptica (plasticidad sináptica) que deben durar varios minutos, días o semanas. La eficacia sináptica suele reflejarse en un cambio en la amplitud del potencial postsináptico en respuesta a un potencial de acción presináptico.

El siguiente gráfico muestra de forma clara cuales son los conceptos neurocientíficos básicos que deben tenerse en cuenta para explicar conducta humana en relación con la conducta del conciliador



Elaboración propia del autor (2015)

3. La conciliación

La conciliación no es un tema nuevo, algunos autores incluso sostienen que esta “es tan antigua como la humanidad y el derecho”. (García, 2014) En Co-

lombia ya existía la conciliación desde poco después de la independencia, en efecto, la Ley de Procedimiento Civil, del 13 de mayo de 1825, sancionada por el libertador Simón Bolívar establecía como requisito de procedibilidad para demandar “que el alcalde se enterará de las razones que aleguen y procurará transigirlas y avenirlas entre sí por las medidas suaves de una conciliación amigable.” (López Blanco, 2002).

Por lo tanto, la conciliación, no es como sugiere parte de la doctrina una invención de la Constitución del 91 (Lemus, 2014), es verdad que la norma de normas es la primera Constitución colombiana en autorizarla explícitamente, pero también es verdad que ninguna Constitución anterior la había prohibido.

Expresamente la Constitución en su artículo 116 establece que “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”, pero existen otra cantidad de normas Constitucionales y legales que sirven de margen jurídico para poder entender la conciliación en Colombia.¹

Teniendo en cuenta este marco jurídico, la definición más completa de conciliación la encontramos en (Arboleda, 2014) que la define como: “una forma civilizada de solucionar conflictos o diferencias que surjan entre las personas, por virtud de una relación contractual o de otra naturaleza, que sea susceptible de disponibilidad y en la cual la definición de la situación corresponde a las partes, quienes a través de un tercero experto en el manejo de los conflictos y su negociación e imparcialidad, propiciando un espacio de diálogo, pueden lograr acuerdos voluntarios e imparciales y de mutuo beneficio, con pleno efecto jurídico, que impacte positivamente la sociedad y mejore la convivencia con los demás.”

También debemos de decir que, en nuestro país, tenemos 2 tipos de conciliación, aunque los dos tienen la misma finalidad, la búsqueda de la solución de un conflicto por mutuo acuerdo entre las partes con la ayuda de un conciliador. Estos dos tipos se pueden dividir en: judicial, si esta se da en un proceso judicial, es una etapa procesal, donde el Juez de conocimiento tiene

¹ artículos 116, 228, 229, 230, 4, 85 de la Constitución Política; Leyes 23 de 1991, 270 de 1996, 336, de 1998, 640 de 2001, 1295 de 2009, 1395 de 2010 y 1564 de 2012.



la obligación de exhortar a las partes para que intenten llegar a un acuerdo y conciliar las diferencias susceptibles de ser conciliadas; extrajudicial, si se efectúa antes o por fuera de un proceso judicial. La conciliación extrajudicial se llama comúnmente “conciliación en derecho” cuando se efectúa en centros de conciliación y se llama “conciliación en equidad” cuando se realice ante conciliadores en equidad, quienes prestan el servicio en las comunidades, en las casas de justicia, en los centros de convivencia ciudadana, en salones comunales, en otras sedes facilitadas por las autoridades en los municipios o por organizaciones comunitarias. (Arboleda, 2015).

A través de esta definición encontramos que la conciliación la componen elementos subjetivos y objetivos, los primeros son las partes, tanto solicitantes como solicitada y el conciliador. Los segundos elementos se podrían enumerar como “materia conciliable, existencia del conflicto actual o futuro, animo conciliatorio y acuerdo firmado en el acta” (García, 2014).

En este artículo nos enfocaremos específicamente en el conciliador, en cuales debería ser su conducta, que características debería de tener, cuál debería ser su formación y como debería ser su comportamiento.

4. Conducta del Conciliador

Según la Ley 23 de 1991, en Colombia el conciliador en derecho debe de ser un profesional en derecho, es decir un abogado,¹ con una capacitación, formación especial en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, avalado por una entidad especial, llamado Centro de Conciliación, que a su vez debe de estar autorizada por el Ministerio de Justicia y el Derecho.

Dice esta misma Ley que el conciliador debe de estar guiado por los principios de imparcialidad, equidad y justicia. Pero esta norma, ni ninguna otra, dice nada más sobre cómo debe ser la conducta del conciliador, es más la única referencia al respecto en la Ley 1123 de 2007, que establece el Código Disciplinario del Abogado, es que uno de los deberes del abogado es facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos.

¹ La excepción es en los casos de los consultorios jurídicos, donde el conciliador en derecho es un estudiante de derecho de últimos semestres que este cursando la materia de Consultorio Jurídico.

Si bien no hay una normativa legal sobre cómo debería ser la conducta del conciliador, la doctrina si ha llegado a cierto consenso sobre la actitud y la conducta del conciliador, en efecto sostiene que es esencial que el conciliador tenga en cuenta a las personas al sujeto, que “proporcionen las herramientas necesarias para que las partes en conflicto aprendan a comunicarse, a comprender y manejar sus emociones, a reconocer el valor del “otro” y a buscar soluciones creativas a sus conflictos” (Arboleda, 2014). Por su parte Lemus sostiene que el conciliador “es un facilitador del dialogo, coordinador de ideas de solución” (Lemus, 2014) y la conciliación como un “proceso que contiene un potencial de transformación de las personas, de crecimiento moral” (Lemus, 2014) este proceso las ayuda a “lidiar con las circunstancias difíciles y a salvar las diferencias humanas en el medio mismo del conflicto” (Barusch, 1992) Por su parte González, sostiene que “Las emociones (...) ocupan un puesto central en la vida del hombre, son un componente esencial de las motivaciones para actuar y simultáneamente influyen en su capacidad para controlar su comportamiento. Esta es una de las razones por las que deberían interesarnos a los juristas las emociones, en el grado de responsabilidad por las propias acciones y en el reproche que nos merece la conducta de los demás.” (González, 2009) Dice Montoya que es “tarea del conciliador descubrir, develar, construir y reconstruir los intereses, los deseos y los prejuicios individuales que traen los actores, para poder intervenir en la audiencia a través de una acción efectiva que incida en la transformación de estos aspectos subjetivos para el beneficio de las partes” (Montoya, 2011). Vinyamata sostiene que una de las labores del conciliador debe ser proponer cambios en las personas en conflicto, cambios planificados de común acuerdo, con una intención claramente beneficiosa para todas las partes, ya que contribuir o modificar la percepción personal o del entorno que se habita, puede significar empezar a cambiar el curso de los acontecimientos (Vinyamata, 2000). Después de una serie de encuestas a los conciliadores del Centro de Conciliación de la Universidad de Antioquia, González encontró que “los encuestados resaltan como cualidades personales de los conciliadores, el ser respetuosos, serenos, abales y cordiales, discretos e imparciales. El tono de voz, la autoridad, o el manejo del poder, saber escuchar y la capacidad de discernimiento para comprender lo que plantean las Partes, la empatía (...) permiten un mejor desempeño del conciliador.” (Montoya, 2011). Esto mismo que hemos resaltado lo sostiene García al indicar “no solo importa lo legal a secas, ya que un buen conciliador, cualquiera que sea su campo, no exclusivamente debe respetar la integridad normativa, sino que



va más allá, y ausculta terrenos de lo ético, lo moral y lo cultural (...) su labor debe ser genuina en cuanto al humanismo” (García, 2013).

Como se ve, hay cierto consenso en la doctrina sobre la importancia de que la conducta del conciliador, avance más allá de lo poco que pide la norma, y este fundado en lo ético, en valorar la importancia del otro, en tener en cuenta las emociones, para lograr transformar el conflicto en acuerdos.

Conclusiones

Como se puede entender de las anteriores líneas el ejercicio efectivo de la persona que concilie en derecho, necesita poseer un sistema neurocognitivo sano que armonice con los cambios del ambiente y las circunstancias del caso específico que lo convoque, logrando articular la norma con los aspectos esperados desde lo social y lo ético.

Un elemento fundamental en el Conciliador es el proceso denominado *empatía* dado gracias a un sistema neuronal especial denominado “neuronas espejo” distribuido por todo el encéfalo, pero de manera predominante el lóbulo temporal izquierdo, en las áreas del lenguaje (Broka y Wernike), por lo que se puede inferir estrechamente relacionado con los procesos comunicacionales tanto verbales como no verbales.

En términos más comunes, el Conciliador debe ser capaz de “colocarse en los zapatos del otro” para interpretar la emocionalidad y comprender los intrínquilos de las situaciones que pretende conciliar. Entendiendo la conciliación como una herramienta flexible, ágil, rápida complementaria al aparato judicial en la solución concertada de conflictos.

El objeto de la conciliación es lograr una real transformación social desde el individuo en relación consigo mismo, los demás y el entorno, situación que solo es posible con una base neuro-estructural sana que obre como sistema abierto, armónico e integrado con el Ser Humano en su componente biológico, social, emocional y existencial.

Referencias

- Arboleda, A. (2014). La conciliación. Una mirada desde la bioética y la virtud de la prudencia. *Revista Lasallista de Investigación*, 11(1).
- Lemus, A. (2012). La mediación y conciliación como mecanismos alternativos de defensa de los derechos de los adolescentes. Bogotá: Ibáñez, 126 p.
- García, F. (2009). La conciliación civil y comercial. Bogotá: Ibáñez, 569 p.
- Blanco, L. (2002). Procedimiento civil, parte general. Bogotá: Dupré Editores, 569 p.
- Garcés-Giraldo, L.F., Arboleda-López, A.P., Silvera-Sarmiento, A., Sepúlveda-Aguirre, J. y Gallego-Quiceno, D.E. (2017). La virtud aristotélica en la formación del abogado conciliador. *Revista Jurídicas*, 14 (1), 102-113.
- Barusch, R. (1992) La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento. Ed. Granica, pp. 19 y ss
- Vinyamata, E. (2000). Aprender mediación. Barcelona: PaidósIberoamerica.
- González, D. (2009). Emociones responsabilidad y derecho. Madrid, España: Marcial Pons. Filosofía y Derecho.
- Montoya, M. Á., Salinas, N. A., Osorio, B. F., & Martínez, S. M. (2011). Teoría y práctica de la conciliación. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.
- Traductores: Tomás de Flores i Formanti – José Toro Trallero – Juan Masana Ronquillo – Josep Treserra Torres – Eric Masana Montejo – Claudi Udina Abello. “Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM IV-TR”. Editorial Masson. ISBN 84-458-1087-1. España. 2003.
- Amaia Makua Biurru y Isabel Rubio Florido, “El Legado de la crisis: respuestas desde el ámbito del ocio”. Ed. Universidad Deusto Bilbao – España. ISBN 978-84-15759-76-8, año 2015
- UNICEF. (1999) “Generation in Jeopardi, Children in Central and theformer Soviet Union”. United Nations Children’s Fund, edited by Alexander Zouevwhit a forewordby Sir Peter Ustinov. ISBN 0-7656-0121—4. Londres
- Alistar Knott. “SensorimotorCognition and Natural LanguageSyntax”. ISBN 978-0-262-01776-3. MIT Massachusetts Institute of Techonology, Inglaterra. 2012



- Barca, E – Peralbo, M – Porto, A – Brenilla, J. “Contextos multiculturales, enfoques de aprendizaje y rendimiento académico en el alumnado de educación secundaria”. Revista Iberoamericana de Educación. Vol. 46. Pag. 193 – 228. ISSN 1022-6508. Año 2008.
- Julián Pérez- María Merino. “Libro de actas: VI congreso internacional de deporte inclusivo” Editorial de la Universidad de Almería. ISBN 978-84-17261-00-9. Año 2018.
- Hans Eysenk. “Problems in the Behavioural Sciences”. Editorial Universidad de Cambridge. ISBN 0-521-480140. Año 1998
- Sigmund Freud. “La interpretación de los sueños”. Editorial Akal SA impreso en 2013 . ISBN 978-84-460-3736-1. Año 1889 impreso 2013
- Erik H Erikson. “Sociedad y adolescencia”. Siglo XXI editores. 19ª edición. ISBN 968-23-1841-6. Argentina. Año 2004
- Puelles López -MartínezPérez -Martínez de la Torre. “Neuroanatomía”. Editorial médica Panamericana. ISBN 978-84-7903-453-5. Buenos Aires. Año 2006.
- John A. Kiernan - Murray Llewellyn Barr. “El sistema nervioso humano, un punto de vista anatómico”. Editorial. McGraw Hill. 8ª edición. Barcelona. Año 2006
- Comas, Juan. “Características diferenciales del género Homo y su aplicación a la filogenia de los homínidos”. Conferencia pronunciada en la Universidad de Madrid, 1969, facultad de ciencias y departamento de antropología. Publicada en REAA Vol. 5 1970.
- Sandy L Chung. “Dr. Sandy’s Top to Bottom guide to your Newborn: answers to the questions every parent”. Editorial Sentient Publication. ISBN 978-1-59181-168-8. Estados Unidos. Año 2011.
- Antonio R Damásio “El error de Descartes, la razón de las emociones”. Editorial Andrés Bello, 3ª edición. 1999 Barcelona. ISBN 956-13-1397-9
- Nemeroff Ch, Sadek N. 2000 “Actualización en neurobiología de la depresión”. Revista de psiquiatría de Uruguay Vol. 64 numero 3 Uruguay
- Pardo, José Luis, (2010). *La intimidad*, PRE-TEXTOS, México, (1996). 313 p. -*Nunca fue tan hermosa la basura*. Círculo de Lectores, Galaxia Gutenberg, Barcelona.
- Pablo Dermizaky Peredo en *El derecho a la intimidad*. (Ius et Praxis, vol. 6, núm. 1, 2000).



La judicialización del acto médico como mecanismo limitador al ejercicio profesional: dilemas y riesgos

The judicialization of the medical act as a limiting mechanism to professional practice: dilemmas and risks

Jorge Juan De Bedout Quiroga. Estudiante de la Corporación Universitaria Americana.
Miembro del semillero en Conciliación.

Resumen

Hay gran preocupación en la comunidad médica colombiana por el incremento en el número de demandas médicas interpuestas por pacientes insatisfechos por los resultados obtenidos posteriormente a una atención en salud, en ocasiones las reclamaciones son justificadas pero en otras existe en el paciente un claro objetivo de lucro económico secundario al proceder médico y del cual, en opinión del paciente, no se obtuvieron los resultados esperados por éste o por su familia desconociendo de base que las actuaciones en salud, en términos obligacionales, son de medios y no de resultados.

Tal situación ha degenerado en una fatídica práctica que en el mundo ya es conocida como “medicina defensiva” y que se resume en pocas palabras como una actitud remisa del galeno para atender con el esmero y la vocación que requiere un paciente cuando ve, en él, intenciones de demandar; en consecuencia de ello hay una percepción por parte de la comunidad de baja calidad de los servicios de salud y encarecimiento de estos por las dilataciones para lograr una efectiva prestación de los servicios médicos requeridos por los usuarios.

Como conclusión es importante generar procesos conciliatorios que desmenarañen desde lo judicial la situación ilustrada y evitar que germine y se prorrogue la medicina defensiva.

Palabras claves: Acto médico. Demanda. Judicialización. Medicina defensiva.

Abstract



There is great concern in the Colombian medical community for the increase in the number of medical claims filed by patients dissatisfied with the results obtained after a health care, sometimes the claims are justified but in others there is a clear profit economic objective in the patient secondary to the medical procedure and of which, in the opinion of the patient, the results expected by this or his family were not obtained, ignoring on the basis that the actions in health, in obligational terms, are of means and not of results.

This situation has degenerated into a fateful practice that in the world is already known as “defensive medicine” and that is summed up in a few words as a remiss attitude of the physician to attend with the care and vocation that a patient requires when he sees, in him, intentions to sue; as a result, there is a perception by the community of low quality of health services and an increase in the cost of dilatations to achieve an effective provision of the medical services required by users.

Introducción

La creciente tendencia mundial de entablar demandas a los profesionales médicos, en muchos casos con el único objetivo de lucrarse económicamente; de tal práctica no es ajena al devenir nacional y es por ello que se hace necesario abordar el tema desde una óptica local que permita conocer, como este tipo de acciones tienen injerencia en el diario quehacer del médico colombiano y que tanto afecta su buen juicio y en último término su actuación frente a la atención de los pacientes y en la prestación de los servicios de salud tanto en el campo institucional como en la práctica privada.

De otro lado, el juez al momento de decidir sobre la situación en conflicto entre paciente y médico por los resultados obtenidos y demandados por el paciente, está desposeído de toda la información que debe procesar y ponderar un profesional de la salud al momento de tomar una decisión médica a favor de su paciente con base en el principio ético de beneficencia.

La herencia del derecho anglosajón de llevar a los estrados pluralidad de situaciones, entre ellas el acto médico en aquellas actuaciones donde el ejercicio profesional y la controversia sobre los resultados enfrenta al profesional



con el paciente ante un tribunal que debe solucionar el conflicto, ha permeado el derecho de otros países con otros sistemas diferentes al mencionado y que por su condición no puede emparentarse con aquel; tal amalgama del derecho anglosajón con el derecho colombiano, en nuestro caso, riñe en su esencia al momento de aplicar el criterio que zanje las diferencias entre paciente y médico a la hora dictar sentencia y que en muchas ocasiones por una distorsión de la realidad del momento médico condena la decisión del profesional, sometándolo al peso de la Ley sin considerar los ponderantes de su actuar.

Así las cosas se generan en los sistemas de salud prácticas evasivas del actuar médico para salvaguardar su actuación profesional prescribiendo mayor número de pruebas diagnósticas y de apoyo terapéutico, además de negarse a la atención de pacientes con patologías que por su condición es difícil garantizar un resultado exitoso como lo pretende el paciente y sus familias; por el temor a ser demandados por no lograr los objetivos encomendados; dichas posiciones terminan encareciendo los servicios de salud y dilatando la atención médica a los pacientes; circunstancia conocida en otros países como medicina defensiva.

Si las condiciones no cambian las consecuencias de este tipo de medicina se sentirá en los índices económicos del país y en el empobrecimiento de la calidad en la atención médica a los pacientes y a la población en general.

1. El dilema actual del actuar médico

El acto médico en su dimensión profesional y en su diario actuar es incomprendido por la sociedad y por el operador jurídico al momento de juzgar sus actuaciones, no son considerados los dilemas presentes al momento de abordar profesionalmente al paciente, dilemas estos, que limitan sus decisiones; en algunas ocasiones las actuaciones logran el objetivo previsto, es decir salvaguardar la salud y la vida del paciente, pero en otras los desenlaces son fatales y no siempre por la actuación directa del profesional de la salud.

Se desconoce, entonces, que la obligación del actuar médico es de medios y no de resultados. Tal situación ha incrementado en el ámbito mundial y nacional el número de actuaciones judiciales contra los profesionales de la salud generando gran temor emocional al médico en su diario actuar frente



al paciente con respecto a futuras reclamaciones, esa aprehensión distorsiona su juicio limitando su decisión. Por esto, se hace necesario desenmarañar la judicialización del acto médico, con la finalidad de sensibilizar los riesgos que a futuro la medicina defensiva puede generar en el proceso de atención en salud a los usuarios. Es en este punto donde actuaciones conciliatorias son necesarias y para ello el concurso de conciliadores comprometidos no solo con la justicia sino también con la sociedad, tal y como lo afirma la investigadora y Doctora en Derecho Procesal Adriana Patricia Arboleda López en su trabajo: “La conciliación. Una mirada desde la bioética y la virtud de la prudencia.” (2014).

No pasa inadvertido que la realidad académica del país ha cambiado en lo que a la formación de los médicos se refiere, pues, aproximadamente, desde el año 2002 los títulos expedidos a los profesionales, llevan consigo restricciones para su proceder profesional ante las diferentes situaciones de hecho que se les presenta al momento de la actuación frente al paciente o por la exigencia del medio carente de otros profesionales debidamente formados o por la exigencia de cumplir con un indicador administrativo, so pena de perder su empleo, que desdibuja en el médico la imagen humana del paciente que le está consultando.

En el mismo sentido la actuación médica esta soportada en protocolos basados en la evidencia médica, estos limitan el accionar profesional al no permitir al médico resolver en el contexto de la atención los problemas encontrados en el paciente sin salirse de estos lineamientos, cuando en ocasiones hay necesidad de hacerlo so pena de ser señalado por esta decisión y por ende ser juzgado sin analizar las motivaciones que tuvo este para no ajustarse a los protocolos referidos.

La ausencia del estado, incumpliendo el mandato consagrado en la carta magna de garantizar la salud a todos los colombianos en todos y cada uno de los municipios que conforman el país y la débil formación del médico en su etapa universitaria se amalgaman para crear una funesta combinación de carencia de recursos, indecisión e ignorancia al momento de proceder profesionalmente en aquellos sitios donde la única oportunidad es un médico general sin la posibilidad de contactar un especialista u otro nivel de atención que



avale sus actuaciones, queda así a la deriva entre actuar y ser judicializado o no actuar y ser judicializado, en el primer caso por omisión a sus deberes y en el segundo porque podría imputársele impericia e imprudencia en su actuación. Es decir malo porque no lo hizo y malo porque lo hizo; no obstante a todo lo anterior el legislador se empeña en crear leyes reglamentarias y reguladoras de las diferentes especialidades médicas ignorando que tal situación agrava el argumento precedente.

Al antecedente previamente descrito se suma otro actor: los medios de comunicación, que ávidos de noticias impactantes y morbosas para posicionarse entre su audiencia carroñera recoge lo que esta busca, es decir un profesional de la salud señalado y cuestionado por su proceder y de manera irresponsable y grotesca aprovecha el señalamiento y sin juzgamiento previo por las autoridades competentes previa investigación de los hechos, señala, cuestiona, juzga y condena sin medir el peso de esas actuaciones que enturbian el futuro personal, social, laboral y familiar de ese médico que aún es un presunto implicado en términos legales.

No siendo suficiente todo lo anterior, la imagen benevolente y apostólica del médico se ha distorsionado ante la sociedad por el afán de los estados y de las aseguradoras de prestar los servicios a sus asegurados con base en indicadores de rendimiento y no de calidad, así las cosas los médicos contratados por estos para prestar los servicios de salud se enfrentan a una horda de usuarios que reclaman sus derechos en salud y que ante el incumplimiento de ellos señala y cuestiona el quehacer profesional obteniéndose una relación desigual donde los poderosos enfrentan al usuario con el médico tratante.

Como salir de tal atolladero cuando el triángulo económico (Calidad del Servicio – Costos – Rendimiento) es un postulado económico necesario para posicionar económicamente una nación, entiéndase así: garantizar coberturas en salud sin importar la calidad y el servicio; esa es nuestra realidad en donde el punto de fractura siempre estará en el ámbito de la actuación médico – paciente con la consecuente judicialización del médico. ¿Será el médico el responsable de la situación descrita?

2. El acto médico en su esencia y en su judicialización



2.1. Judicialización del acto médico

2.1.1. Antecedentes

El objetivo primordial del acto médico (su esencia) es la búsqueda del bienestar de las personas a través de la curación de la enfermedad, su prevención cuando ésta fuera posible y, en toda circunstancia, el alivio del dolor y del sufrimiento. Besio (2010), Pérez (2005); Posada (2009), Suárez (2016), Vera (2013).

El fundamento de la relación médico – paciente ha evolucionado en el curso de la historia, pasando de una relación basada en la confianza del paciente hacia su agente curador, característica de la atención médica antes del siglo XVIII, a una relación de total desconfianza tanto del médico tratante como del paciente en su relación, que, de carácter contractual y legal se ajusta el ordenamiento jurídico mundial, situación que en la actualidad tiene en entredicho la verdadera naturaleza del acto médico. Besio (2010), et al.

El arte del ejercicio de la medicina por personal formado para curar, sumada al voto de confianza que el paciente depositó en aquellos durante el siglo XVIII enarboló a la medicina como profesión; el principio rector de la relación era la beneficencia donde el médico encontraba legitimado su actuar por la voluntad expresada por el enfermo, pero aún también sin su voluntad o incluso en contra ella, en la situación descrita el paciente respondía totalmente confiado a todas y cada una de las actuaciones, recomendaciones, sugerencias y prescripciones de su médico tratante, tal práctica subsistió hasta las postrimerías del siglo XIX y la totalidad del siglo XX. Besio (2010), et al.

2.1.2. Los avances científicos y tecnológicos a favor o en contra de la relación Médico – Paciente

Los descubrimientos científicos y los avances tecnológicos incorporados a los avances en la medicina permiten que el ejercicio de la profesión médica se soporte sobre herramientas, técnicas, pruebas de laboratorio y tecnología para mejorar el abordaje del paciente y garantizar así mejores diagnósticos y por ende mejores tratamientos y resultados finales al petito del paciente, cumpliendo, al parecer, de manera óptima con el objetivo final del acto médico: el bienestar del paciente logrando un equilibrio físico, mental y espiritual. En el



mismo sentido los pacientes consideran que más tecnología hace mejor medicina y por ello está en constante espera de que se le realicen las mejores pruebas y exámenes que den razón de su condición clínica. García; Pérez (2005); Posada (2009), Suárez (2016), Vera (2013).

De igual manera el desbordante uso de la internet y la consulta en los motores de búsqueda de síntomas y afecciones que los pacientes rastrean en la red en ocasiones dificultan el quehacer del médico al contraponer la información obtenida en sitios web a la información provista por el médico al paciente, quien en ocasiones duda, critica desconfía de lo propuesto por el facultativo como diagnóstico, tratamiento o rehabilitación, empobreciendo de manera expresa la relación médico – paciente. García. Et al.

Los avances tecnológicos y científicos que apoyan el actuar de la medicina en la actualidad conllevan la elaboración de guías u protocolos publicados por diferentes grupos científicos y asociaciones que delimitan el quehacer profesional al momento de abordar la atención de un paciente desdibujando la individualización del ser y por ende del paciente, debe sujetar el médico su ejercicio a estos consensos so pena de que su actuación quede en entredicho en los tribunales que soportan el estudio de cada querrella, reclamación o demanda en la exposición de peritos expertos que aportaran al trámite judicial el contenido de las guías y protocolos precitados. Bello P, Juan Carlos. (2009). Judicialización de la medicina: La importancia de las sociedades científicas.

2.1.3. Autonomía de la voluntad del paciente

Con el advenimiento y establecimiento de los Derechos Humanos entre el siglo XX y lo que va corrido del siglo XXI las personas haciendo conciencia e interiorizando a su ser la salud como Derecho Fundamental garantizado por la Constitución y el bloque de constitucionalidad, así como al claro concepto de la autonomía del paciente que terminó con el paternalismo médico y la hegemonía del galeno y no alejados de las realidades presentes en otras latitudes donde ya el acto médico no es asumido con su objetivo final de medios sino de resultados en razón a los avances científicos y tecnológicos, sumados a la relación de carácter contractual que le ha entregado el ordenamiento jurídico a la relación médico – paciente. González S, Diana. (2012). Paredes D, Jorge Eduardo. (2004), Posada R. (2009), Revuelta I, Ana Victoria. (2006), Suárez,



María del Pilar (2016).

2.1.4. La eficiencia del acto médico como soporte a la relación Médico – Paciente

El acto médico, desde su formación, está basado en la eficiencia, entendida esta como obtener un preciso y correcto diagnóstico en la menor cantidad de pasos y exámenes posibles y utilizando la menor cantidad de recursos. González S, Diana. (2012). Paredes D, Jorge Eduardo. (2004), Posada R. (2009), Revuelta I, Ana Victoria. (2006), Suárez, María del Pilar (2016).

Debe caracterizarse el actuar del profesional médico sobre los cuatro principios fundamentales de la ética a saber:

- ✓ Beneficencia.
- ✓ No Maleficiencia.
- ✓ Autonomía de la voluntad del paciente.
- ✓ Justicia.

Es deber del médico posicionar el interés, el bienestar y los derechos de los pacientes por encima de cualquier otro interés incluso por encima de los personales y proveer en la atención del paciente todo su conocimiento, habilidad y destreza. Tal conjunto de elementos configuran la **LEX ARTIS** del ejercicio médico. González S, Diana. (2012), Et al.

2.1.4.1. El desdibujamiento de la relación Médico – Paciente

Así las cosas, el interés malintencionado de algunos pacientes que buscando el beneficio económico personal incoan demandas por actuaciones médicas que los pacientes declaran adversas a sus pretensiones iniciales desdibujan el deber fiduciario del médico tratante. Araujo C, Juan Carlos. (2017), Bascuñan, Luz. (2005), Artiles Granda, Diego. (2013), García, Marco, Rencoret S, Gustavo. (2003), Tapia Rodriguez, Mauricio. (2003).

La judicialización de la medicina está implícita en el desempeño de cual-



quier actividad que se realice en el ejercicio de la medicina y sus ramas afines. Por ello todas y cada una de las actuaciones médicas estarán sujetas a ser calificadas de dañosas algunas por su carácter doloso y en otras culposo según la perspectiva de los pacientes y el objetivo que ellos persigan. Araujo C, Juan Carlos. (2017), Et al.

Con este escenario matizado por la atención médica con un macabro objetivo económico se observa una tendencia mundial a ocupar y llenar los tribunales de demandas contra profesionales médicos concluyendo que la judicialización del acto médico es una realidad tangible en Colombia y en el mundo, con una creciente cultura de la demanda. Araujo C, Juan Carlos. (2017), Et al.

2.1.4.2. Las consecuencias del desdibujamiento de la relación Médico – Paciente

Tal malhadada práctica conlleva consecuencias que ponen en riesgo a futuro la atención médica y por ende la relación médico– paciente que se hunde en un halo de desconfianza de ambas partes; el paciente desconfía de la formación y asertividad del galeno y el médico del paciente a quien ve como un potencial enemigo por futuras reclamaciones y demandas. Por lo tanto toda actuación profesional se observa recelosa y temerosa por ello los médicos en procura de una seguridad frente a posibles reclamaciones y demandas solicita mayor número de pruebas diagnósticas y test de diversa naturaleza que ampare su proceder tanto en el diagnóstico como en el tratamiento propuesto al paciente. Araujo C, Juan Carlos. (2017), Et al.

Los efectos futuros de la situación descrita afectan igualmente al sistema al encarecer los servicios de salud, ralentizar la actuación médica en espera de los resultados y configuran los que muchos doctrinantes y juristas han denominado la medicina defensiva. Araujo C, Juan Carlos. (2017), Et al.

2.1.5. La medicina defensiva en respuesta a la judicialización del acto médico

Puede definirse la medicina defensiva como aquella práctica de carácter médico o afín en la que se solicitan pruebas de laboratorio, test y/o tratamientos que no tienen una clara finalidad terapéutica y lo único que persiguen es la



protección del profesional ante potenciales reclamaciones o demandas finalmente. Araujo C, Juan Carlos. (2017), Revuelta I, Ana Victoria. (2006), Robles E, Francisco Javier. (2014), Verdugo M, Ana M. (2017),

La medicina defensiva hace más ineficiente el acto médico pues su único objetivo es complejizarlo innecesariamente con la finalidad de conseguir las pruebas que permitan las ulteriores defensas del profesional vinculado a reclamaciones o demandas de cualquier naturaleza que involucre su decisión frente al paciente. Araujo C, Juan Carlos. (2017), et al.

Así las cosas los médicos actúan de la manera más adecuada a su sentir, en ocasiones hasta negando u obviando la prestación de un servicio, evadiendo de manera conciente actuaciones riesgosas para las que se encuentra debidamente preparado o a atender pacientes con complejas situaciones de salud, riesgosas y en ocasiones catastróficas. Araujo C, Juan Carlos. (2017), et al.

2.1.6. Los otros efectos: La segunda víctima

De todo lo anterior también se desprende otro efecto llamado: “Desorden Clínico Judicial”, “The malpractice stress syndrome” o “Síndrome Clínico Judicial” (SCJ) conocido también en Norte América como “La segunda víctima”, tal desorden se presenta en el médico que al actuar procurando un bien, provoca un mal y tal situación lo sumerge en un estado emocional de fracaso, frustración y vergüenza que lo lleva a una depresión. Fu, Mariela. (2016). Judicialización de la medicina entendida como una enfermedad.

2.1.7. El impacto social y económico de judicializar el acto médico

Judicializar el acto médico es un despropósito toda vez que ello conduce indefectiblemente en un futuro muy cercano a la carencia de recurso humano calificado para la atención de pacientes por el temor a las demandas y adicional a ello por el encarecimiento de los servicios de salud aumentando el abismo de quienes pueden costear la atención y de quienes no pueden hacerlo y con ello quedan sujetos a que terceros pagadores (Aseguradoras, Servicios de Salud Estatales y Sistemas de Salud) desembolsen los escasos recursos para la atención de esta población quedando totalmente vulnerable a la evolución



natural de la enfermedad, poniendo en riesgo su bienestar y salud; situación ya palpable en Colombia. Gherardi, CARLOS. (2007), Gyhra, Alberto. (2005), Pizarro, Carlos. (2008), Revuelta I, Ana Victoria. (2006), Rivera W, Carlos. (2006).

2.2. Desjudicialización del acto médico

Las perspectivas futuras son desalentadoras de continuar la situación precedente; es claro que ante una mala praxis el facultativo deba responder judicialmente por sus actuaciones; pero es imperioso buscar el punto de fractura que permita sensibilizar a la sociedad y sus ciudadanos de los riesgos que tiene para la relación médico – paciente la práctica deshonesta de buscar réditos económicos por vencer al profesional de la salud en juicio, desconociendo que éste que puso en la atención médica toda su sapiencia, conocimiento, empeño y espíritu a favor del tratamiento brindado al paciente.

Igualmente, el operador jurídico debe ser consciente de la creciente tendencia de demandar a los médicos con un carácter únicamente económico; está, pues, en manos de los jueces equilibrar la balanza y que la justicia sólo enarbole la espada de Damocles en aquellos casos que así lo ameriten de conformidad con la rigurosa y fiel investigación que demuestre sensible y fielmente que el galeno faltó a su juramento hipocrático.

El Estado en su papel de garante debe igualmente exhortar para que por diferentes medios se desestime tan perversa práctica de la demanda a los médicos cuyo incentivo perverso es encarecer los sistemas de salud y por ende afectar los índices económicos del país; debe entonces penalizarse de oficio a quien en calidad de paciente pretenda una demanda sin las justas pretensiones que se enfoquen en demostrar la mala praxis del facultativo; sin olvidar que el fin último del quehacer médico es de medios y no de resultados. Robles E, Francisco Javier. (2014). ¿Despenalizar los actos médicos? Una primera aproximación a partir de una perspectiva dual: Medicina y Derecho. Cabe aquí también hacer un llamado al proceso conciliatorio para que al interior de la actividad procesal se permita al operador jurídico la mediación conciliatoria de sus apreciaciones frente al acto médico en juicio; apreciaciones estas que sólo pueden formarse durante el proceso educativo que debe atender el juez como director del proceso enfocando su decisión desde la virtud como lo afir-

man Luis Fernando Garcés, Adriana Patricia Arboleda y otros en su trabajo: “La virtud aristotélica en la formación del abogado conciliador.” (2017)

Conclusiones

La percepción de mala calidad de los servicios de salud que tienen los usuarios en general obedece a la práctica de la llamada medicina defensiva que muchos médicos aplican en su quehacer diario con el objetivo de evitar demandas judiciales.

No asiste al médico el compromiso ético y altruista de la prestación del servicio por la creciente desconfianza hacia sus pacientes.

La calidad de los servicios de salud está condicionada a la creciente tendencia de demandas judiciales a los profesionales de la salud poniendo en entredicho su actuar desconociendo los contextos y escenarios en los que se desenvuelve la atención de un paciente que reclama y exige atención en salud con ética, calidad, eficacia y eficiencia.

Los operadores jurídicos deben estar atentos a estas malhadadas prácticas y corregirlas de tajo sopena de favorecer el creciente despropósito de la llamada medicina defensiva.

Dejo abierta la propuesta para la creación de un centro de mediación interdisciplinario para los casos de judicialización del acto médico.

Referencias

- Araujo C, Juan Carlos. (2017). El riesgo de la judicialización de la medicina como efecto acelerador de la medicina defensiva desde una perspectiva crítica. *Revista de Bioética Latinoamericana* - Vol 019 N° 1: 1-20.
- Arboleda L, Adriana Patricia. (2014). La conciliación. Una mirada desde la bioética y la virtud de la prudencia. *Revista Lasallista de Investigación*. – Vol II, N°I – 2014.
- Artiles Granda, Diego. (2013). Responsabilidad ante el error y la mala práctica del actuar médico. *Rev. Cubana de Ortopedia y traumatología*. 27 (1) 134 – 143.



- Bascuñan, Luz. (2005). Cambios en la relación médico-paciente y nivel de satisfacción de los médicos. *Rev. Médica Chile*. 133: 11-16.
- Bello P, Juan Carlos. (2009). Judicialización de la medicina: La importancia de las sociedades científicas. *Rev. Chilena de Cirugía*. Vol 61 - N° 6, pág. 503
- Besio R, Mauricio. (2010). El acto médico: ¿una creación original? Reflexiones sobre su esencia, surgimiento y riesgos a los que se expone. *INTERFACES . Acta Bioethica*, 16 (1), 51-60.
- Calderón, Jaime. (2015). Autonomía médica y ley estatutaria de salud. *Rev. Acta Médica Colombiana*. Vol. 40 N°1 51 – 53.
- Escobar C, Franklin. (2012). Responsabilidad médica del Psiquiatra. *Rev. Colombiana Anestesiología*. 40 (1): 17 – 20.
- Fu, Mariela. (2016). Judicialización de la medicina entendida como una enfermedad. *Rev. Falmed Educa*. N° 6. 06/09/2016.
- Garcés-Giraldo, L.F., Arboleda-López, A.P., Silvera-Sarmiento, A., Sepúlveda-Aguirre, J. y Gallego-Quiceno, D.E. (2017). La virtud aristotélica en la formación del abogado conciliador. *Revista Jurídicas*, 14 (1), 102-113. DOI: 10.17151/jurid.2017.14.1.8.
- García, Marco. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO EN EL ECUADOR.
- Gherardi, CARLOS. (2007). La judicialización del acto médico y la generación de nuevos conflictos. *MEDICINA - Volumen 67 - N° 5*. 502 – 510.
- Gyhra, Alberto. (2005). Judicialización del acto médico. *Rev. Chilena de Cirugía*. Vol 57 N° 3. 187 – 188.
- González S, Diana. (2012). Algunos interrogantes sobre la responsabilidad médica. *Rev. Colombiana Anestesiología*.- Vol. 40 Núm.2
- “Judicialización de la Medicina”. (2017) Foro. *Folia Ética* N°7, FEMEB.
- La Real Academia de Medicina y Cirugía de Palma de Mallorca y las denuncias judiciales contra médicos. EDITORIAL.
- Las consecuencias de la judicialización de la medicina. Nota periodística. Periódico LA PRENSA. Buenos Aires Argentina.
- Paredes D, Jorge Eduardo. (2004). Responsabilidad Médica. Análisis objetivo general y por especialidades. Cali: Gráficas Colombia.
- Pérez R, (2005). Ética médica, salud y protección social. *Salud pública de México*, Vol 47, N° 3,
- Pizarro, Carlos. (2008). Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas. *Rev Méd Chile*; 136: 539-543
- Posada R. (2009). Hermeneútica y medicina. *Rev CES Med* 2009; 23 (1), 103



– 113.

- Rencoret S, Gustavo. (2003). Auditoria medica: demandas y responsabilidad por negligencias medicas. Gestion de calidad: riesgos y conflictos. Revista Chilena de Radiología. Vol. 9 N° 3; 157-160
- Revuelta I, Ana Victoria. (2006). El riesgo de la judicialización de la medicina. Rev. Educación Médica. Vol. 9, suplemento 1. 55 – 64.
- Rivera W, Carlos. (2006). Problemática actual del ejercicio médico. Rev Med Hondur; 74:154-157
- Robles E, Francisco Javier. (2014). ¿Despenalizar los actos médicos? Una primera aproximación a partir de una perspectiva dual: Medicina y Derecho. Ginecol Obstet Mex – Ensayo; 82:828-838.
- Ruiz, Wilson. (2004). La Responsabilidad Médica En Colombia. Criterio Jurídico Santiago de Cali V.4 pp. 195-216
- Súarez, María del Pilar (2016). Relaciones saludables. (Trabajo final de grado), Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina.
- Tamara P, Liliana. (2012). Informes periciales por presunta responsabilidad médica en Bogotá. Rev Colomb Anesthesiol 2011;39:489-505 - Vol. 39 Núm.4: 489 – 505.
- Tapia Rodriguez, Mauricio. (2003). Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. Rev. derecho (Valdivia) v.15 n.2.
- Vargas K, Victor. (2006). Gestión de Riesgos Jurídico Sanitarios y Judicialización de la Medicina. Revista Hospital Clínico Universidad de Chile. 17: 20 – 35.
- Vera C, Oscar. (2013). ASPECTOS ÉTICOS Y LEGALES EN EL ACTO MÉDICO. Rev. Med. La Paz, 19 (2); 73 -81.
- Verdugo M, Ana M. (2017) Impacto Económico De La Judicialización De La Medicina Proyecto Para Optar Al Postítulo De Economía Y Finanzas Para Abogados.



La superación del sufrimiento de las víctimas del conflicto y su implicación en el estado democrático

Una crítica desde la filosofía política¹

The overcoming of the suffering of the victims of the conflict and its implication in the democratic state

A critique from the political philosophy

César Augusto Ramírez Giraldo. Ph. D. en Filosofía. Investigador Grupo Epimeleia. Autor de varios libros y artículos. Conferencista nacional e internacional. Google Académico/ ResearchGate / ORCID/ CvLac

Gabriel Jaime Osorio Cuervo. Ph. D en Filosofía.

“El primero que, habiendo cercado un terreno, se le ocurrió decir: Esto es mío, y encontró gentes bastante simples para creerlo, ése fue el verdadero fundador de la sociedad civil.

¡Cuántos crímenes, guerras, asesinatos, cuántas miserias y horrores no habría evitado al género humano aquel que, arrancando las estacas o allanando el cerco, hubiese gritado a sus semejantes: Guardaos de escuchar a este impostor; estáis perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y la tierra no es de nadie!”

Jean Jacques Rousseau.

Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres.

Introducción

Plantear los argumentos que, en la contemporaneidad, principalmente, desde la filosofía, analizaron el sufrimiento y la tragedia, destacando sus concepciones tendientes a la forma como se supera el padecimiento humano y la implicación en el Estado democrático, es el propósito de este texto.

¹ Este texto es un avance de un capítulo de tesis doctoral laureada.



En el siglo XX la humanidad experimentó la instauración del positivismo y el desarrollo tecnológico hasta alcanzar la era virtual. En este periodo, también la humanidad padeció, como nunca, la destrucción, la deshumanización, el sometimiento, el sufrimiento, no solo por la barbarie de la guerra, sino por la exclusión sistemática de miles de millones de personas.

En esta época se tiene el desarrollo de ideologías nacionalistas y la conformación de nuevos Estados y nuevas fronteras. Se instauran diferentes órdenes políticos internacionales y nacionales, de acuerdo, por un lado, con los intereses de los conquistadores del poder desde líderes carismáticos, totalitarios, dictadores, populistas, etc.; y, por el otro, dependen estas ideologías de los monopolios económicos empresariales, legales e ilegales, públicos y privados, nacionales y transnacionales.

En medio de estas situaciones sociopolíticas y culturales se realizan unas lecturas de la realidad conflictiva, de las ciencias desarrolladas, generando unas consideraciones en perspectiva crítica que se retoman aquí, en especial desde la filosofía política, con los aportes de Unamuno, Ortega y Gasset, Julián Marías, Saramago y Foucault. Se encuentran en sus argumentos, elementos para plantear que, con el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas del conflicto armado, se ha logrado hacer un aporte importante a la formación y consolidación del Estado democrático.

En Unamuno, la consolidación de la conciencia como instauración de una nueva metafísica será el propósito principal. En Ortega y Gasset, la preocupación será la realidad del yo desde las circunstancias, superando el idealismo y el realismo que objetivizan al ser humano. En Julián Marías la estructura social implica la integralidad de la vida personal, como estructura empírica de la realidad, donde el vivir es lo principal. Con Foucault, la crítica al poder pastoral del Estado instrumentalizador estará en el centro de la discusión, matizando el interés por develar los espacios donde se encuentra el poder a quien le interesa y quien lo ejerce, hasta plantear la necesidad del poder que transforma, que hay que rescatar. Finalmente, el texto se ocupará de Saramago, que al final del siglo plantea el problema de la democracia, que es la democracia misma, lo que implica una crítica a la visión mercantil, consumista a la que ha sido sometida la vida humana, que ya se mira solo desde la estadística.

Estos argumentos se rastrean en la perspectiva de las víctimas del conflicto armado.



Es durante el periodo del siglo XX y comienzos del XXI donde se dan unas condiciones de victimización en millones de hombres y mujeres, que incluso ha desencadenado un daño irreversible ecológico. A partir de estas condiciones se plantea, que, dichos acontecimientos han originado procesos de concientización en aras de rescatar la vida como lo que acontece, su circunstancialidad; reconociendo el vivir, y salvaguardando el poder de cada ciudadano, por lo que se enfatiza que con el reconocimiento de las víctimas y su visibilización es posible considerar un modelo de relación en el Estado democrático, que sigue siendo desafío para la humanidad.

A la conquista de la conciencia

En el momento histórico de Miguel de Unamuno, finales del siglo XIX, se da la inestabilidad política en Europa. España, que ha sido potencia y reino sobresaliente está en un proceso de decadencia, el norte de Europa está en un proceso de aceleración del crecimiento económico, y con ellos Europa entra en un periodo de desarrollo de infraestructura, lo que hace que desde la península Ibérica estén pensado, los de la generación del 98, en la necesidad de la europeización de España.

Se desarrolla el pensamiento de Unamuno en este contexto, porque se destaca entre los de su tiempo por hacer una lectura crítica de esa realidad y plantear una obra iluminadora, en la que se busca el desarrollo de la Patria, de Europa, pero, ante todo, lo hace desde el interés por los hechos fundamentales de la vida, la vida personal, la vida de cada persona, y en su contexto el sufrimiento es uno de ellos.

Se distingue entre la humanidad, lo humano y el hombre concreto. Al iniciar su obra *Del sentimiento trágico de la vida*, su preocupación es el que sufre, el que tiene sed de eternidad, se concientiza desde el dolor y es desde el sufrimiento que se ama, se abraza el universo y se eterniza en Dios. En *San Manuel Bueno, mártir* se muestra la gran paradoja entre la razón y la fe, entre la vida y la ciencia, asumiendo la gran tarea de hacer dichosa la vida de los demás, aunque se crea que no se cree, pero es la fe la que mueve a la eternización de la existencia y no la razón.

En estas dos obras principalmente, se rastrea su pensamiento, su poesía, su



sed de eternidad, de conocimiento, sed que es la agonía y la congoja a la que conduce el sufrimiento, y como lo importante no es el por qué, sino el para qué, se muestra el interés por la superación del afán positivista de fundarlo todo en la razón, pues ésta cae en el abismo.

Unamuno (1965) rescata la existencia individual marcada por el sufrimiento como elemento central del pensamiento y lo más propio del hombre concreto: “El hombre de carne y hueso es el sujeto y el supremo objeto a la vez de toda filosofía” (p.261). Desplazando las tradicionales concepciones del ser como sustancia y objeto de la filosofía, por lo que llega a escribir: “Mi empeño ha sido, es y será, que los que me lean, piensen y mediten en las cosas fundamentales, y no ha sido nunca el de darles pensamientos hechos” (p.265).

Frente al afán positivista de fundarlo todo en la razón y de cara al interés de formación de grandes poderes político militares, aparece una preocupación fundamental como aporte que marcará el siglo pasado y el nuestro, que es la preocupación por la conciencia. En medio de la formación de los Estados soberanos –que para final de la primera Guerra mundial se unirán en la llamada Sociedad de Naciones–, la continuación en la estrategia de formar gran poder político, económico, militar, entre otros, la conciencia será un elemento, casi que el único, al que se tendrá que acudir para limitar y superar los sufrimientos generados por el afán de poder, conocimiento e instauración de ideologías nacionalistas.

Aquí el aporte de Unamuno (1965) es central, lo hace desde la vida misma y la conciencia de ella. En este sentido decía que: “Nuestro modo de ver el mundo y la vida, brota de nuestro sentimiento respecto a la vida misma” (p. 262). A los hombres nos diferencia de los demás animales, más que la razón y el sentimiento, el sufrimiento, lo más real, aunque parezca irracional, en este sentido recuerda a Hegel: “Todo lo racional es real y todo lo real racional” (p.264). El hombre es ser algo concreto, unitario y sustantivo, si el dolor, la angustia le hace descubrir el alma, el sufrimiento le despierta la conciencia, “lleva a descubrir la interioridad y la individualidad, despertando del sueño de la inconsciencia” (Villar, 2007, p. 241).

Con Spinoza dirá que cada cosa en cuanto es en sí se esfuerza por perseve-



rar en su ser¹, y el esfuerzo con que cada cosa trata de perseverar en su ser es la esencia de la cosa misma es el esfuerzo en seguir siendo hombre, es no morir.

Unamuno, que ha visto la situación decadente de su patria, que ha leído los abusos del poder, que ha padecido el sufrimiento del destierro, comenta que estas experiencias le han hecho tener una mirada esperanzadora. Así lo argumenta Evans (2008):

Para Unamuno, el propósito último del sufrimiento es aumentar la conciencia para que el individuo reconozca mejor lo eterno y lo bello. Es un elemento de fe como en Kierkegaard, para quien el sufrimiento desempeña un papel importante en la renovación del individuo a fin de llegar a ser la persona que Dios quiere que sea. (p.14)

Esta mirada de fe, esta mirada esperanzadora en su patria, en la persona propia y de los demás, implica el elemento agónico en Unamuno, central en la fuente de su pensamiento:

No entenderá su vida y su obra quien no empiece por buscar las huellas de la lucha que la fe y la razón dejaron en su corazón y su cerebro. Aquel sentirse morir, segundo a segundo, aquel disecar minuciosamente el cadáver de su alma, constituye la base del agonismo que centra la obra unamunesca. (Esclasans, 1947, p.10)

Por ello en *San Manuel Bueno*, plantea la enfermedad del progresismo que la cura la fe, en palabras de Lázaro se expresa así: “El me dio Fe. Sí, fe, fe en el consuelo de la vida, fe en el contento de la vida. El me curó de mi progresismo, me hizo un hombre nuevo” (Unamuno, 1965, p.267).

Con el ejemplo de las aletas del pez, plantea Unamuno (1965) que es incomprensible que uno quiera ser otro, “si las aletas quisieran ser alas perecería el pez” (p.267), en este sentido entra en juego el principio de continuidad y unidad, pues este me permite ser mi vida, la conciencia de lo que soy. Por tanto, “al afirmar al hombre afirma la conciencia, porque la única conciencia de que tenemos conciencia es la del hombre” (p.269). Ello se explicita con el

1 Es la proposición VII de la parte tercera de la Ética de Spinoza. El esfuerzo con que cada cosa intenta perseverar en su ser no es nada distinto de la esencia actual de la cosa misma, según la traducción de Vidal Peña para Alianza Editorial, 1987.



ejemplo del sol: que si tuviera conciencia pensaría en que los mundos existen para que él los alumbrase y se goce en alumbrarlos.

Alcanzar la conciencia, para Unamuno, y con él, para la humanidad en el siglo XX, implicó el dolor. Este último se ha convertido en el camino de la conciencia y es por el que los seres vivos llegan a tener conciencia de sí, esto es por el choque que produce la distinción, conocer el límite, la conciencia de la propia limitación, solo con la guerra, con los conflictos del siglo, el hombre ha venido reconociendo sus límites.

Pero la conciencia lleva a la lucha de la contradicción: “Todo el afán por salvarse el hombre es por ser inmortal, es la batalla por la conciencia. La vida es tragedia, esta perpetua lucha, sin victoria ni esperanza de ella, es contradicción” (Unamuno, 1965, p. 270). Al comentar las palabras de Jesús, donde dice que no vino a traer la paz sino la guerra, que la paz se da en la guerra y ésta en aquella, muestra que ésta es la agonía, ve su España en agonía, ve el cristianismo en agonía, y por consiguiente, es vida de sufrimiento, la del pueblo, la de él mismo que está exiliado, está luchando, y lo describe así: “la agonía es la lucha” (Unamuno, 1975, p.23).

No es la lucha que destruye, no es la nada en la que cae la ciencia frente al sufrimiento y los problemas de la vida, es la lucha que construye, “el alma quiere crear al creador, al que ha de eternizarla, este es el grito de congoja, el grito de la agonía” (Unamuno, 1975, p.27). Frente a este grito la filosofía y la teología han planteado la teodicea. Andrade plantea que: “La filosofía ha intentado ofrecer razones por las cuales Dios permite el sufrimiento, así han surgido numerosos intentos de ‘teodicea’, un término acuñado por Leibniz para hacer referencia a la justificación de Dios frente a los males del mundo” (Andrade, 2010, p. 97). No se trata de ver que algunos autores o personajes bíblicos enfrentaron el sufrimiento, se trata del vivir de cada persona, de cada pueblo.

Unamuno plantea la finalidad en lugar de quedarse en las causas, lo importante es la actitud ante la vida, ante el mundo: “Lo más trágico del problema de la filosofía es conciliar las necesidades intelectuales con las necesidades afectivas y con las volitivas. Ahí fracasa toda filosofía que pretende deshacer la eterna y trágica contradicción, base de nuestra existencia, no basta pensar, hay que sentir nuestro destino” (Andrade, 2010, p. 97). Un ejemplo del abordaje



filosófico del sufrimiento de la tradición que recoge Unamuno lo presenta Manzano en una de sus conferencias:

Sócrates afrontó el problema del sufrimiento con una actitud sublime: mejor sufrir que cometer la injusticia. Agustín pensó primero que la felicidad se encontraba en esta tierra; después mitigó su optimismo, al igual que Platón: el alma no puede ser feliz aquí sino en función de la esperanza... En Pascal el sufrimiento hace parte de su vida, es físico; en un segundo lugar, la tiene al estilo de Agustín, la añoranza de Dios, por lo que se dio cuenta de que Jesús estará en agonía hasta el fin del mundo; todos los días es Getsemaní... Y Leibniz presenta su solución al problema del sufrimiento desde la armonía universal, para él el mal metafísico reside en la imperfección, que es propia de la finitud, por tanto, estamos en el mejor de los mundos. (Manzano, 2009, p. 239)

Se rescata el carácter universal del sufrimiento. En Unamuno (1965) se alza una voz que será escuchada, los gritos de sufrimiento serán ya de pueblos enteros:

Este sentimiento pueden tenerlo, y lo tienen no solo hombres individuales, sino pueblos enteros. Este sentimiento puede venir de ideas, pero sobre todo de una enfermedad adventicia, de una dispepsia, verbigracia; pero otras veces es constitucional. La conciencia es una enfermedad. (p. 273)

Al ser testigo de los excesos de la guerra, lamentables avances técnicos en las armas que han generado millones de muertes, del sufrimiento generado por las condiciones desfavorables que padecen los trabajadores en los nuevos centros industriales, siente que la conciencia le ha hecho ver la enfermedad. Como punto de partida de *Del sentimiento trágico de la vida* plantea el universo, la creación, y llega a la concepción del progreso como enfermedad, pero a diferencia del fracaso de la filosofía al tratar de explicar la enfermedad, Unamuno (1965) ve la enfermedad como posibilidad: “La enfermedad en la creación resultó, además de una flaqueza, una ventaja para la lucha por la persistencia” (p. 274). La concibe como fuente de racionalidad, pues carecer de una enfermedad sería poner al hombre como un animal irracional. El apetito por conocer es una verdadera enfermedad y trágica, recordando la *Metafísica* de Aristóteles y resalta esta sed de conocimiento en el hombre.

La enfermedad del progreso para Unamuno (1965) ha producido conoci-



miento, a partir de la generación de hambre y destrucción del amor; ve este conflicto, una cosa se piensa y otra la que se hace. La enfermedad es una oportunidad porque se necesita el conocimiento, pero al servicio de la vida, “primariamente al servicio del instinto de conservación personal” (p. 277), que con Spinoza es la esencia misma, el instinto del hambre como fundamento del individuo humano, y el del amor como el de la perpetuación. Es filosofía del hombre, “es el hombre de carne y hueso que filosofa” (p.280). Se marca la diferencia, no se filosofa en el sentido del conocer saber, sino del saber vivir, se filosofa en dirección al bien, a la verdad, ahí recuerda la máxima de Kant “obra de tal modo que tu acción pueda servir de norma a todos los hombres” (Unamuno, 1965, p.281).

Desde el sufrimiento que ha producido la guerra y el progreso, se plantea Unamuno (1965) el carácter de lo agónico, que implica el avance racional y lo irracional a lo que llega la humanidad, escribe que se trata de “vivir siempre, no de conocer siempre, en ellas hay una tal oposición, por esto se puede decir que todo lo vital es antirracional, y todo lo racional, antivital, esta es la base del sentimiento trágico de la vida” (p.284); lo que abre una crítica a la tradición moderna iniciada con Descartes, quien para Unamuno con su “pienso luego existo” quería decir “pienso luego soy pensante, ese ser es conocer, mas no vida” (p.285).

Desde la conciencia de la enfermedad, se plantea el elemento de la fe, se cree para dar vida, pero la enfermedad tiene como salida la muerte, se desata la lucha. Ante esto la vida es una enfermedad y la única salud posible es la muerte. De esa congoja, del abismo del sentimiento de mortalidad sale la luz de otro cielo. De ahí que el que sufre vive, y “el que vive sufriendo ama y espera, tiene hambre de Dios, sed de eternidad” (Unamuno, 1965, p.289). *San Manuel Bueno* lo expresa a Ángela con una invitación a rezar, cuando ella le pregunta: ¿Cree padre?, él le contesta: “Creo, ¿pero en qué? Reza por mí, por tu hermano, por ti misma, por todos, hay que vivir y hay que dar vida” (1966, p.50).

Vence a la desesperanza, sale de la nada, recordando a Pascal y a Platón, habla del “no quiero morirme, no quiero ni quiero quererlo; quiero vivir siempre, siempre, siempre y vivir yo, este pobre yo que me soy y me siento ser ahora y aquí, por esto me tortura el problema de la duración de mi alma” (Unamuno, 1965, p.292).

Y frente a la europeización de España, la invasión extranjera, siente que se



va el yo. Por tal motivo, las relaciones de Unamuno con Oberman y el grito de Michelet (De Unamuno Pérez, 1991, pp.74-75), ‘mi yo que me arrebatan mi yo’, y con Oberman recuerda el yo, el yo siempre el yo, y frente a la pregunta ¿quién eres tú? La respuesta es, para el universo, nada; para mí, todo. Evidencia la centralidad del yo, el tenerme a mí, soy el centro del universo, una existencia que es fugaz realidad insuficiente, que por la duda trágica no quiere morir, pero entra en la penumbra. París lo describe así:

Fácticamente, ónticamente todo hombre es crepuscular, vive en la penumbra de la realidad fugaz, nebulosa; más, al hacerse cargo de ella onto-empíricamente, al palpase y contrastarse al límite positivo o negativo, conquista en su ideal el mediodía o la medianoche” (Paris, 1989, p.177).

El hambre de inmortalidad, la cultura helénica la descubre al descubrir la muerte, esto hace entrar al hombre en “la pubertad espiritual del sentimiento trágico de la vida, que es cuando engendra la humanidad al Dios vivo” (Unamuno, 1965, p. 303). La crítica que profiere es que “en el protestantismo como en el catolicismo se quiso creer con la razón y no con la vida” (1965, p. 315). Por tanto, frente a Spinoza y Nietzsche, nos dice Unamuno que tenían hambre loca de eternidad, y en los dos se representa a la ciencia en cuanto sustitutiva de la religión, y la razón en cuanto sustitutiva de la fe, ambas han fracasado siempre, no satisfacen lo afectivo, la sed de eternidad. En este sentido, se habla de la razón racionante, pues “ni el sentimiento logra hacer del consuelo verdad, ni la razón logra hacer de la verdad consuelo, se hunde en el escepticismo” (1965, p. 334). De esta desesperación del sentimiento vital ha de fundarse la esperanza.

Y es precisamente allí que la razón y la fe al ser enemigas se necesitan la una a la otra. La razón me lleva al escepticismo vital, la muerte es el completo y definitivo e irrevocable anonadamiento de la conciencia. Don Quijote es el ejemplo del vitalista cuya fe se basa en incertidumbre, y Sancho lo es del racionalismo que duda de su razón. En el planteamiento unamuniano se trata es de vivir, se llega al “modo de racionalizar lo contra-racional” (1965, p. 349). Se trata de vivir en medio de la razón y la vida, “estas dos muelas trituran el alma, por esto adentra al lector en las fantasías no desprovistas de razón, pues sin ellas nada subsiste, pero fundadas en sentimiento” (1965, p.352). Porque los hombres solo se aman con amor espiritual cuando han sufrido juntos un mismo dolor, sufren su gozo gozando su sufrimiento: “Amar en espíritu es



compadecer, y quien más compadece más ama.

Son los ejemplos de amor de *Manuel Bueno*: “en invierno partía leña para calentar a los pobres...en tiempo de trilla iba a trillar; ayuda al médico... va y le ayuda al maestro en la escuela” (Unamuno, 1966, p. 20). Ese amor es compadecer, oír el grito de dolor del semejante, que es el propio grito, así se “genera el proceso de subjetivación de todo lo externo, fenoménico u objetivo, constituyendo el proceso vital de la filosofía, que es la lucha de la vida contra la razón y de esta contra aquella” (Unamuno, 1965, p.359).

El positivismo no es sino metafísico cuando deja de negar para afirmar algo; cuando es realmente positiva, la metafísica se hace teología, y ésta se vuelve fantasía al servicio de la vida que desea la inmortalidad, dando lugar a la comprensión del mundo que es necesariamente antropomórfico y mitopoiético, como en Sócrates, Tales de Mileto, Hipócrates, Platón, Aristóteles, Bergson, Ricardo Avenarius, planteando que “de nada sirve querer suprimir el proceso mitopoiético o antropomórfico y racionalizar nuestro pensamiento, como si se pensara solo para pensar y conocer, y no para vivir” (Unamuno, 1965, p.361).

En *San Manuel Bueno* recomienda la resignación y “la caridad en todos y para todos” (1966, p. 58). Supera la concepción del sufrimiento como voluntad divina o incapacidad de su omnipotencia, no hay explicación racional para la existencia del mal desde la omnipotencia de Dios: “Aceptar que el sufrimiento es un misterio, es según Ehrman, una forma perniciosa de pereza mental. Y aceptar que el sufrimiento es una prueba de fe, es aceptar a un Dios sádico” (Andrade, 2010, p. 100).

El sufrimiento nos lleva al amor que personaliza al todo del que formamos parte, esta es la conciencia social. Así la labor del hombre es sobrenaturalizar la Naturaleza, esto es, divinizarla, hacerla humana, ayudarla a que se concientice, mientras “la razón por su parte mecaniza o materializa” (Unamuno, 1965, p.366); damos finalidad al universo dándole conciencia. Necesitamos a Dios para dar sentido al universo, es el crearle a Dios, porque creer en Dios es crearle, aunque Él nos cree antes. Hemos creado a Dios para salvar al universo de la nada, y necesitamos a Dios para salvar la conciencia; no para pensar la existencia, sino para vivirla, esta es la gran paradoja de quien dice no creer,



pero cree para vivir y dar vida como San Manuel Bueno

Unamuno (1965) además de tener fe en la vida, de creer en el sufrimiento que redime, cree en el Dios vivo, a este “Dios humano, no se llega por camino de razón, sino por camino de amor y de sufrimiento” (p. 376). Se amplía el horizonte de comprensión del sentido del sufrimiento, que a lo largo de la historia se consideraba un castigo divino. En la obra de Ehrman, Andrade (2010) destaca esta concepción que está arraigada en la tradición profética: “De acuerdo al entendimiento de los libros de los Profetas, Israel sufre calamidades como consecuencia de su apostasía. Y así, el sufrimiento humano es un castigo divino” (p.98).

Para Unamuno (1965), “Dios no es sino el Amor que surge del dolor universal y se hace conciencia” (p. 396). Al descubrir el sufrimiento en todo y personalizándolo todo, personaliza también el universo mismo, que también sufre y nos descubre a Dios, “porque sufre exige nuestro amor, y porque sufrimos nos da el suyo y cubre nuestra congoja con la congoja eterna e infinita” (p. 401). Se encuentra así en el centro del pensamiento unamuniano el sentido del dolor, que “Es la sustancia de la vida y la raíz de la personalidad, pues solo sufriendo se es persona” (p. 402).

El sufrimiento conduce a la congoja, algo más hondo que el dolor. Esta hace al hombre más hombre, más divino; cuanta más capacidad para la congoja tiene, más ama. El dolor le dice al hombre que existe, que existe aquello que amamos, que existe el mundo en que vivimos, y el dolor nos dice que existe y que sufre Dios. Pero es el dolor de la congoja de sobrevivir y ser eternos, además “la congoja nos descubre a Dios y nos hace quererle” (Unamuno, 1965, p. 403).

En la obra unamunesca, “lo más inmediato es sentir y amar mi propia miseria, mi congoja, compadecerme de mí mismo, tenerme a mí mismo amor” (1965, p.405), que es una experiencia de esperanza, como lo dice en *Agonía del cristianismo* al final del capítulo II, donde: “La dialéctica de agonía, desnacer es morir, y desmorir es nacer” (Unamuno, 1975, p. 27). Y prosigue: “Es el dolor algo espiritual y la revelación más inmediata de la conciencia, se nos dio el cuerpo para dar ocasión a que el dolor se manifieste” (Unamuno, 1965, p.406). El dolor que es un deshacimiento nos hace descubrir nuestras entrañas, y en



el deshacimiento supremo, el de la muerte, llegaremos por el dolor de anonadamiento a las entrañas de nuestras entrañas temporales a Dios, a quien en la congoja espiritual respiramos y aprendemos a amar. Es así como hay que creer con la fe, enséñenos lo que nos enseñe la razón.

Si el dolor nos descubre el alma, el sufrimiento es lo más universal que nos lleva a abrazar el universo en continua lucha desde nuestro ser que no se resigna a la finitud. De este modo, la agonía abre la puerta de la esperanza, despierta la conciencia, y la fe permite eternizarme y eternizar, hay una elevación del ser. Paris (1989) lo dice así:

Resulta necesario precisar esta elevación a la vivencia del ser en que se nos abre la plenitud de la vida humana. Es formalmente la experiencia de un ser inseguro en peligro y sufrimiento, la inseguridad ontológica, vivencia decisiva para toda la filosofía unamuniana del ser. Experiencia que llega a hacerse peculiarmente viva cuando se convierte en duda, incluso de la propia existencia. Tal duda significa un momento decisivo, según Unamuno, para la iniciación de una “vida de veras”- de una existencia autentica en términos de Heidegger (p.177).

Es comprensible aquello que parece tan irracional como es el texto del salmo en boca de Jesús, el “¡Dios mío, Dios mío! ¿Por qué me has abandonado?”. Lo menciona Unamuno (1966) siete veces en boca de don Manuel bueno, también en boca de Blasillo, el tonto, y Ángela Carballino, a quien recomienda que rece por él, y por el pueblo, y también le encomienda a Ángela la lectura de novelas, de libros de piedad, “que te den contento de vivir” (p. 38).

Al centrar desde el elemento trágico de la vida, la conciencia que da el sentido de vida y de eternidad, es este sentido precisamente lo que queda. La razón no lo puede dar, la ciencia no lo puede dar, es lo que le queda a la persona, como lo experimentó Unamuno (1966), así lo expresa en *San Manuel Bueno*: “Yo estoy para hacer vivir a las almas de mis feligreses, para hacerlos felices, para hacerles que se sueñen inmortales y no para matarlos, con mi verdad no vivirían” (p. 46).

Hacia un raciovitalismo en Ortega y Gasset



Nada de lo que el hombre ha sido, es o será, lo ha sido, lo es ni lo será de una vez para siempre, sino que ha llegado a serlo un buen día y otro buen día dejará de serlo. (Ortega y Gasset, 2010, p. 22)

La preocupación por la vida del hombre es central en Ortega y su labor filosófica es *razón histórica*. Trata de acercarse desde el pensamiento a la *desnaturalización* de los fenómenos de las realidades humanas, someterlos a la *radical historización*, ya que las ideas entorno a la vida humana son abstractas y se busca generar conocimiento, para transformar la vida, superar las crisis.

El punto de vista del filosofar de Ortega no es la realidad exterior (Realismo), ni su conciencia (Idealismo), sino la vida: la vida como dato radical del universo; después de diferenciar entre el hacer y la actividad, el pensar y el creer, rescatando la integralidad del hombre, plantea que:

Crear algo por razones, esto es por lógica, es específico del hombre racionalista y en una u otra dosis lo es muy esencialmente del hombre clásico y del hombre moderno. Pero hay otros motivos 'irracionales'-esto es ilógicos, para crear algo: por ejemplo, las experiencias de tipo emocional o las *raisons du coeur*, pero también experiencias de tipo intelectual, aunque no lógico, por ejemplo, la metáfora. (Ortega y Gasset, 2009, p. 194)

Así aparece el raciovitalismo, "porque pensar no es vivir, sino sólo ejercitar una función parcial del vivir...sin mérito para que la divinicemos" (Ortega y Gasset, 2009, p. 199). Desde este punto de vista, lo primero que hay que hacer es reconocer el vivir humano.

La realidad radical es la vida según Ortega, es en la vida en la que podemos afianzar el resto de las realidades. La realidad radical es la vida humana de cada cual que es siempre, yo y mundo: mi vida es yo y mi circunstancia, planteamiento que aparece desde 1914 en *Meditaciones del Quijote*. De aquí es como entabla la crítica Ortega a Descartes, al proponer que el sujeto debe darse cuenta de que antes de estar dudando, está viviendo y, por tanto, la realidad radical es mi vida. Se da un avance en la metafísica, tanto desde la considera-



ción tradicional aristotélica, como de la posición idealista racional.

En tal sentido el aporte del yo ejecutándose es fundamental en el ejercicio de reconocimiento, de conciencia y de instauración de la vida como realidad radical. El yo ejecutivo viene puesto frente al yo ideal genérico del idealismo kantiano, esto hace que los otros sean para nosotros personas. Pero con el planteamiento de Ortega se avanza, pues al presentar la diferencia entre el yo ando y el andar del otro, o el dolor doliendo, es lo que implica el yo: “Yo significa pues, no este hombre a diferencia del otro, ni mucho menos a diferencia de las cosas, sino todo – hombres, cosas, situaciones- en cuanto verificándose, siendo, ejecutándose” (2012, p. 667).

El “yo soy yo y mi circunstancia” implica que el segundo “yo” es el de mi vida, el de la razón vital, es el yo ejecutivo viviéndose, en una circunstancia que me está próxima, como mi propio yo. “Yo soy yo...” es frase ontológica. Ortega (2009) entiende que la vida humana no es solo ese yo, se resalta que en toda vida hay un paisaje, un contorno, circunstancias. Mi vida está compuesta por esas circunstancias, no hay yo sin circunstancias, no existe el uno sin el otro, son como los dioses romanos, los dióscuros, los gemelos, yo y circunstancias van juntas:

Vivimos aquí y ahora, nos encontramos en este sitio que es un lugar del mundo, hemos venido libremente. La vida deja margen de posibilidades dentro del mundo, pero no somos libres para estar o no en este mundo que es el de ahora. Solo cabe renunciar a la vida, pero, si se vive no cabe elegir el mundo en que se vive...no nos hemos dado a nosotros la vida, sino que nos la encontramos justamente al encontrarnos con nosotros. La vida nos es dada pero no nos ha sido dada hecha, sino que tenemos que hacérsola nosotros, cada cual la suya...pero ¿cómo? La circunstancia en que tenemos que existir nos ofrece en cada instante diversas posibilidades. (p. 206)

También lo expone muy bien en la lesión nueve de *Qué es filosofía*, así se resalta la inmediatez de la realidad:

Que proporciona a la indagación filosófica la luz de la inteligibilidad, posibilitadora de la actividad intelectual radicalmente fundada en la adecuación del ‘yo’ a unas circunstancias, creadoras de interrelaciones funcionales entre el ‘yo’ dubitante y los perfiles perspectivísticos



de las situaciones. (Diéguez Muñoz, 2013, p. 56)

El mundo de posibilidades de las circunstancias implica que cabe el suicidio, pero si se vive no cabe elegir el mundo, se puede intentar cambiar el mundo, esto es lo que las víctimas enfrentan, pero siempre se lleva el mundo. Esto tiene un sentido trágico. La vida empieza por ser la perpetua sorpresa de existir:

No nos hemos dado a nosotros la vida, sino que la encontramos, nos es arrojada o somos arrojados en ella. Las circunstancias en que se tiene que vivir ofrecen diversas posibilidades. La vida es encrucijada permanente. Solo al hombre no le es fijado su ser, paradoja, un ser que tiene que elegir su propio ser. Todo esto para que se entienda bien mi pensamiento. La realidad radical en vista de la cual debemos formar todos nuestros conceptos fundamentales es el hombre. Lo que pasa con su cuerpo, con su alma y con todo lo demás que encuentra en su circunstancia (Ortega y Gasset, 2009, p. 172).

Es así como en *Nuestro Tiempo*¹ quiere hacer una antropología filosófica. Aparece el concepto de vida como base del concepto de razón vital, le ayuda la concepción de Leibniz de la *mónada*, –unidad, yo, alma indivisible, que es proyectiva, activa–, esto le ayuda a Ortega a entender el concepto de vida como algo que está siempre en actividad. Es por esta razón que para 1923 cuando hablaba Ortega de la crisis de los fundamentos, tenía una clara preocupación por el uso desinteresado del intelecto, la pura inteligencia es también práctica y técnica – técnica de y para la vida auténtica, que es “la soledad sonora de la vida, como decía San Juan de la Cruz, esta será la reforma radical de la inteligencia” (Ortega, 1941, p.4).

Esta reforma radical de Ortega pasa por la experiencia de los totalitarismos, las guerras, el exilio, la dictadura, es así como en los cuarenta, se tiene al intelectual de la vida. Por tanto, sus apreciaciones, en relación a que de nada han servido las ideas, la ciencia y todo el desarrollo técnico, si esto lleva a la destrucción de la vida. Se da así un paso en la argumentación de esta tesis, partiendo del aporte de tener conciencia que hace Unamuno, se avanza a la consideración de la vida como realidad radical, la cual hay que proteger y sal-

1 Obra que nace en 1921, artículos publicados en *Folletones del Sol* y en el 1923 sale el libro.



vaguardar, ante todo, tarea de todos, pero en particular de la filosofía.

Hay aquí una clara crítica a las ideologías y nacionalismos que han generado en Europa los conflictos, sus consecuencias de muerte y destrucción. Ante esto, la filosofía y toda ciencia, todo hombre, tienen como radical realidad la Vida. La filosofía de Ortega motiva al hombre a hacer su propia metafísica, invita a cada uno para hacer su vida, en tal sentido es la metafísica más importante dada en el siglo XX, e incluso del XXI. Esta filosofía metafísica está basada en que toda vida humana es un yo ejecutivo, viviente, más sus circunstancias. Esa vida humana no es un ser estático, es un devenir, un ir haciéndose hacia un futuro, es futurición, no queda más remedio que hacérsela cada uno, que se atreva ir más allá de lo monstreico social, para ser una vida auténtica, este es el camino de la felicidad, preferir el camino a la posada, como dice la frase cervantina.

Este caminar se hace en compañía, con los otros. El yo lleva siempre un paisaje, este paisaje lo tenemos gracias a la cultura, que es un diálogo para la construcción de un sistema de creencias, elemento que resulta de vital importancia en el desarrollo de esta argumentación, pues se vive lo que se cree. Unido a la futurición, las creencias, lo problemático, porque la vida es dramática, implica también el sentido de vocación, cada uno debe de resolver su propia vida.

Al creer que la realidad radical es ser, un ser para la vida, y no un ser para la muerte, todo proyecto, todo miedo termina con la muerte, como decía Heidegger, donde lo que nos empuja es el horizonte o en Arendt, para quien con la muerte se termina el ser político, y lo que une a los hombres es el nacimiento, el iniciar (Ahumada Cristi, 2011, p.12). Se muestra así la filosofía metafísica orteguiana con un perfil pragmático. El pensamiento de Ortega es un pensamiento que intentó entender la crisis del momento de entreguerras, y por ser un pensamiento de crisis es iluminador aún en nuestros días, pues ayuda a entender nuestro tiempo de crisis, la cultura del consumo, llenos de nada, planteando que no sabemos lo que nos pasa, y esto es lo que nos pasa, mostrando la necesidad de revisión de los valores, de vida noble, como bien lo encontró Sánchez en la ética de Ortega:

Nietzsche dijo que debíamos poner en nuestras vidas la seriedad que pone el niño en sus juegos... No es la de Ortega sólo una ética de la



autenticidad. Ésta es condición necesaria, más no suficiente, de una vida moral. Importa la altura de la meta a la que cada cual proyecta su vida. Por lo demás, la idea de la vida noble contrapuesta a la vulgar entraña la asunción de un orden objetivo de valores e ideales. Es la realidad de los valores la que confiere su objetividad a la ética de Ortega... No es, por ello, en absoluto, contradictoria la idea de Scheler de lo bueno “en sí para mí”. El hecho innegable es que el proceso de descubrimiento de los valores sea histórico. (Sánchez Cámara, 1983, p.315).

En ese acontecer histórico Ortega habla de que hay una realidad latente, y se le criticó que esa realidad latente es inexistente. Frente a esto señala que lo latente es la vida. Esa realidad es lo que somos y hacemos, en otro momento lo que hacemos y lo que nos pasa, porque en la vida hacemos muchas cosas. A veces nos pasan cosas que no quisiéramos que nos pasen, se muere un familiar, etc. Nos pasan cosas. Es la realidad más próxima a cada cual.

En este sentido se clarifica que esa vida no es solo vida orgánica, *zoo*, en clara referencia y diferencia con Nietzsche, es también vida inorgánica, biología, el logos de la vida, no es solo zoología, no es solo animal. El vivir es el hecho magnífico radical y pavoroso que todos los demás hechos suponen e implican. Todo lo que nos pasa, nos pasa en la vida. De ahí que el sufrimiento es parte de esta realidad radical, que no es solo la propia, sino la de los otros.

El mundo de los otros no es mi mundo, impone el deber vital de someterlo periódicamente a depuraciones, a fin de que sus cosas queden puestas en su punto, cada una con el coeficiente de realidad o irrealidad que le corresponde. Esta técnica de depuración inexorable es la filosofía. Para Ortega hay cualidades preexistentes a la valoración subjetiva, y hay un sistema de leyes que nos obliga a pensar las reacciones de los individuos y la vida social, leyes del rango de lo lógico, desarrollado en la razón vital. Este raciovitalismo es la razón cordial. El hombre en su vida siempre tiene que tener en cuenta al otro, pero no como medio sino como fin. Es así como en el primer número de la Revista de Occidente, se expresa claramente su compromiso con la vida, con la verdad, con un estilo elitista y claro, con reticencia a la política¹ (Fuentes, 2006, p. 60),

1 El título *Propósitos* enmarca la pretensión de Ortega, que va a estar en la línea de otras publicaciones como *El Escorial*, *The Criterion*, en este primer número de la Revista de Occidente es publicado sin firma en Julio de 1923.



buscando voces, para con la publicación de la revista presentar a los lectores el panorama esencial de la vida europea y americana, lo esencial que pasa en los acontecimientos históricos implican la vida de todos, y para el momento del autor, la vida está amenazada por la guerra y el positivismo instaurado.

Estos acontecimientos hacen sentir la preocupación por *lo que pasa en el mundo*, y señala los *hechos raros*, argumentando que la súbita emergencia de esta época ha hecho sospechar que en lo profundo pasa algo grave. Muestra la sustancia vital de donde emanan, evidenciando la situación a que ha llegado la vida humana para engendrar tales hechos: el ascenso del arte joven con negación radical del pasado, empieza la era del culto al cuerpo, subversión de la juventud, y la coincidencia rara del 1917 y los totalitarismos, los jóvenes que se dedicaron a tomar baños de sol, a hacer de la vida una broma pueril, cuando el hombre se cree demasiado seguro, cuando pierde contacto con la radical inseguridad que es sustancia de la vida, el hombre se hace pueril (Ortega y Gasset, 2009, p. 12).

Cabe mencionar que entre las razones por lo que sucede esta puerilidad, están que las ciencias fisicomatemáticas habían considerado al hombre como algo solo físico, se le ha olvidado que es substancial, el hombre tiene que decidir, tiene un ser dinámico, la vida es un ir haciéndose. El hombre puesto a vivir de fe solo en la técnica y la ciencia, con ello se ha vaciado de vida, se ha vaciado a sí mismo. Por eso para los años de la década del treinta del siglo veinte, que es cuando nace el totalitarismo nazi, son los años más intensamente técnicos en la historia humana, son también los más vacíos que van a dar origen a los desastres de la guerra.

Después de la crisis de 1929 describe Ortega un momento de vaciamiento, cuando se van experimentando los fracasos de la insubordinación juvenil, mengua el arte joven, y la puerilidad se esfuma, el hombre se siente inseguro, siente que el hombre ha caído una vez más. Se acentúa la búsqueda en la política solo del poder. Se da la ruptura completa con principios, normas y usos de la tradición política y jurídica europea, especialmente con las formas modernas de la democracia liberal. Está la decisión de crear una realidad política que sea un absoluto comienzo, como en el comunismo, el fascismo y el nacionalsocialismo. Estos hechos son un cambio radical en la actitud vital del



hombre y es lo que Ortega (2009) trata de analizar¹; rescata que Inglaterra y Francia se han librado de esto.

El hombre está desarticulado, no sabe qué hacer. Este fracaso deja la vía libre para la razón vital o histórica. Las posibilidades que ve Ortega en aquel momento histórico de ser como se quiera, es algo grande, lo plantea en *Meditación de la técnica*, aduciendo que la vida es algo para hacer, para hacerla propia, y como realidad autentica. Es la realidad fundamental. Por tanto, invita a ser novelistas de nosotros mismos, y esta invención, aunque tenga la técnica para hacerlo, esta decisión es pre técnica.

Ortega pretende entender los hechos, las vigencias sociales, los usos. Para ello tiene que partir de la indagación sobre la realidad, pero no cualquier realidad, sino la del hombre concreto:

La realidad fundamental es el hombre...en su circunstancia, en la que se encuentra a sí mismo, y entorno así mismo minerales, vegetales y otros hombres, es decir, otras vidas individuales, con las que busca comunicar en actos de convivencia, la comunidad. Lo que mitiga la radical soledad que somos. Toda convivencia es una vida individual, por tanto, responsable y personal. No se puede convivir sino con quien es otra persona, con quien es alguien. Pero si se sale a la calle, y queremos cruzar de una acera a otra el guardia de la circulación lo impide ¿Este hecho a qué pertenece? (Ortega y Gasset, 2009, p. 173).

El mismo Ortega Y Gasset (1993) expone con claridad que la vida humana es esencialmente soledad, lo que hace cada uno en sí mismo y para sí mismo esto es lo social, y ello es forjado por lo propio de cada uno, que hace por sí mismo, cada uno tiene que construir su personalísimo ser. La vida es mía, tuya, o suya. Cuanto hacemos lo tenemos que resolver, y para ello se necesita una razón o motivo. Por ello la vida es inexorable responsabilidad. Mi vida es intransferible, la vida es radical soledad. Pero encuentro la circunstancia, las

1 Ortega y Gasset, *Obras completas Tomo IX ¿Qué pasa en el mundo?* 19-21. Estas consideraciones de Ortega vienen enmarcadas por unos acontecimientos que marcan la historia del Sg. XX, y que suceden alrededor del año 1935: está en el horizonte la guerra en su patria española; en EEUU hay un importante desarrollo con el llamado Estado de bienestar instaurado por Franklin Delano Roosevelt, y se marca por otro lado el avance del Nazismo en Alemania y el fascismo en Italia.



cosas, a los otros, con los que convivo, formando así las relaciones interindividuales¹, la colectividad, lo social (pp. 209-210).

Para conocer lo social hay que partir del hombre en su soledad que tiene que llenar de contenido viviendo, con las otras presencias, los otros en una relación interactiva, entrando en juego los gestos, la intimidad, el amor. El otro se convierte en él y tú, pero también en riesgo; tenemos la crítica que hace Ortega a esa vida social, porque se ha convertido en algo antihumano, “la colectividad, que es algo humano, sí, pero es lo humano sin el hombre, lo humano sin espíritu, lo humano sin alma, lo humano desalmado (Ortega y Gasset, 1933, p. 305).

Aparece la gente, la convivencia, la reglamentación, las acciones humanas irracionales deshumanizadas; el Estado que manda, la colectividad, dándose las vigencias sociales, las creencias, los usos, que se ejecutan sin meditar, son imposiciones mecánicas, su contenido es inteligible e irracional, lo que todos hacemos que nadie manda.

La sociedad, la colectividad, la gente no crea nada. Repite y repercute nada más. El Estado fue originalmente el mando que un individuo genial, por su fuerza, su astucia su autoridad moral o cualquier otro atributo adscrito a su persona, ejercía sobre otros hombres. Esa función de mando se desindividualiza y aparece como necesidad social. La sociedad necesita que alguien la mande. Esta necesidad de la sociedad queda objetivada en lo que llamamos Estado (Ortega y Gasset, 1933, 173).

Son estas las ideas, las opiniones, realidad que no se puede eludir, el lenguaje, el saludo, palabras, sonidos, la voz, los individuos y la sociedad, que, con la opinión pública, quiere mantenerse, por lo cual da lugar al poder público, que entra en juego con el denominado Estado. Así termina después de este recorrido, *El hombre y la gente*. Por lo que el propio Estado como uso facilita la vida, ejemplo en la circulación de los autos. En efecto, aparentemente se vive al convivir con el mundo de los hombres, es decir, al vivir en sociedad, pero no solo se trata de vivir, sino convivir, ya que primero están los otros y luego todas las creencias, o interpretaciones del mundo que se toman de lo que hay en el ambiente.

1 Ortega y Gasset, *Obras completas Tomo IX. El hombre y la gente*. 209 -210.



En esa convivencia social hay que buscar las funciones espirituales o de cultura, son también históricas, el pensamiento es tan biología como el comer. La vida inculta es barbarie, la cultura desvitalizada es bizantinismo, esto porque si en la vida no hay cultura dado que el hombre es cultura, historia, el hombre desemboca en la barbarie. Hay que vivir a la altura de los tiempos lo argumenta Ortega en el texto *Nuestro Tiempo*. De ahí la crítica a la sociología y al poder del Estado generador de víctimas:

Todo lo colectivo social es, pues, lo humano desindividualizado, despersonalizado e irresponsabilizado. Esto es terrible, la sociedad es vida humana deshumanizada, convertida en algo mecánico, lo humano transformado en mera naturaleza. Por eso hayamos todo lo social fuera de nosotros como las piedras y los árboles. Por otra parte, la opinión pública, los usos las leyes, tienen ciertamente una ventaja: la sociedad conserva el resultado de muchas creaciones individuales, las acumula y transmite. Sin sociedad el individuo tendría que comenzar siempre de nuevo. Se trata de entender la diferencia entre lo interindividual y lo social. Lo colectivo no es el hombre, lo colectivo, lo social es lo humano despotenciado en naturaleza y, como ella, inconsciente, indómito e irresponsable. De aquí, que, con frecuencia, como las fuerzas cósmicas, lo social, lo colectivo se resuelva contra el hombre e insumiso y feroz lo azote como la tormenta o el terremoto. (Ortega y Gasset, 1933, pp. 173-174)

Vivir a la altura de los tiempos implica que se forme los hombres en la búsqueda de una vida en valores superiores, capaces de dirigir, capaces de la paz, de orientar bien los pueblos, y para la década del 1930, Ortega ve que no sucede así, que se carece de esa altura. Esa altura implica la superación del idealismo de la modernidad, porque se trata de superar el sufrimiento que ha generado el objetivismo, que tiene que ser superado por un subjetivismo, no de la conciencia sino de la vida. La superación del idealismo se da en términos morales y políticos. La centralidad de la vida humana es crítica al hombre masa:

Vaciado de su propia historia, sin entrañas de pasado...más que un hombre, es solo un caparazón de hombre constituido por meros *idola fori*; carece de un dentro, de una intimidad suya...de ahí que esté



siempre en disponibilidad para fingir ser cualquier cosa. Tiene solo apetitos, cree que solo tiene derechos y no cree que tiene obligaciones. (Ortega y Gasset, 1933, p. 21)

Es el fenómeno de la *Rebelión de las Masas*, que son grupos incapaces de dirigir la vida, la propia vida, incapaces de mejorarse a sí mismos y así mejorar la sociedad, esto es lo que está fallando en la masa. Para superar esto se plantea la vida como proyecto personalísimo que cada uno tiene que hacer. La vida es la libertad dentro de la fatalidad, de tenerla sin pedirla, si se quiere ganar el futuro hay que ser fiel a sí mismo: pero la vida es en pareja, dentro del propio yo que le ha tocado a cada uno. Siempre se puede transformar la circunstancia en la que se vive, y ser fieles a la vocación es el camino a la felicidad, al hombre masa le falta vocación.

Lo importante es la vida sin dejarse encerrar en el vitalismo. El mundo sigue siendo regido por la multiplicidad y la indeterminación, no hay mucha diferencia con lo de hace ocho décadas, ahora solo puede apoyar en lo resbaladizo, lo que Bauman denomina *sociedad líquida* y Hoffman Stein lo llama *mundo resbaladizo*. Ortega ya había afirmado que lo primero que el hombre encuentra cuando se pone a pensar es su realidad, la vida de cada cual, se encuentra el lugar del que debe partir la filosofía. Lugar al que acude para fundamentar la acción de las víctimas y hacer el reclamo al Estado por ellas. Así con Ortega lo primero que se puede decir de la vida es que es una fatalidad, pero es libertad, cada uno tiene que hacerse la suya. Toda vida es biografía, en tal dirección se da otro aporte: el hombre no tiene naturaleza, sino que tiene historia. Todo hombre va inmerso en un tiempo y en un espacio de creencias de su generación.

Asumir el tiempo, su generación, es verdad que solo se puede conocer mediada por la perspectiva; el perspectivismo se convierte así en un método. Cada individuo es una perspectiva necesaria e insustituible en el universo, el mundo no es lo que es si faltase uno de nosotros, no cabe más fe en el hombre. La verdad es dialógica en Ortega, solo sumando perspectivas se llega a la verdad. El hombre debe reconocer su vocación, la ciencia no se escapa de la vida: hay que hacer nuestro quehacer. El perfil de este surge al enfrentar la situación con las circunstancias, nuestra vocación oprime las circunstancias, generalmente se echa la culpa a las circunstancias; aquí se resalta lo que plantea él mismo: toda mi obra ha sido un servicio a mi patria.



Para entender la vocación hay que entender y comprender el mundo en el que vivimos. No hay otra suerte de enseñoreo que el pensamiento. El enigma de la vida es insoluble. Es el pensamiento el señorío esencial del hombre sobre sí, no la voluntad. Lo que importa es el pensamiento, el de las víctimas, y lo que genera la realidad de las víctimas es lo que se piensa y escribe aquí.

Del concepto vida al hecho de vivir

Tenemos en la filosofía de Julián Marías como una biografía, un autorretrato, porque su filosofía es su vida, sus creencias, ideas y opiniones; su idea de metafísica que es la vida misma, no “el yo” o la lejana humanidad, sino la realidad radical de “el vivir” y como planteamiento central, la teoría de la Estructura Empírica de la realidad.

La persona fue un tema que lo acompañó durante todo el proceso y desarrollo de su pensamiento, desde su primer libro *San Anselmo y el insensato* hasta *Persona*, su último libro. La persona que se ve abocada para asumir su vivir, analizar sus circunstancias, filosofar; estas son las principales líneas de su legado, como lo trae *El Vuelo del Alción*, donde dice Segade (2010):

Creo que debo cerrar estos breves comentarios con una reflexión también de Raley. Cuenta que él bebía de las fuentes del pensamiento de Marías y era reticente a escribir por él mismo, se limitaba a darlo a conocer, a traducir sus obras y seguir su línea de pensamiento. Pero fue su muerte la que le hizo ponerse en marcha y comenzar su propia obra original porque así era más fiel al que había sido su maestro. Marías le había instado a pensar por su cuenta, a hacer filosofía, a crear. Julián Marías es un autor sugerente, un pensador que nos hace pensar y un “profesor” de los que estimulan las vidas intelectuales de sus alumnos. No sabemos qué quedará de su obra, pero al menos ahora mismo podemos seguir su consejo y seguir haciendo filosofía, analizar nuestras circunstancias, defender a la persona, que, para él, era la libertad. (p. 45)¹

1 Carlos Segade, “El filósofo de la reconciliación y la responsabilidad: Julián Marías”, *Cuenta y Razón*, 13, (2010): 45. *El Vuelo del Alción*, Estas palabras de Segade, tienen que ver con lo compartido por el profesor Raley en el curso que orientó sobre Marías en la Facultad de Teología y Filosofía, en el 2014. Fue el mismo Raley su inspirador. La anécdota consiste en que Se-



Aquí hay un acercamiento a Marías como un escritor, filósofo, creyente, demócrata, republicano, que sigue aportando en este cuarto del siglo XXI a la construcción de la patria, de la libertad y sobre todo, como defensor de la centralidad de la vida de la persona, del vivir, que está amenazado en la era virtual.

Partiendo de *Teoría de la estructura analítica* que tiene su máxima en la expresión orteguiana “Yo soy yo y mi circunstancia”, Marías formula que falta un eslabón para pasar a la realidad singular, circunstancial y concreta. Es así como para la segunda mitad del siglo XX, con la publicación de la *Estructura Social*, Marías concreta la teoría de la Estructura Empírica en la que se resaltan los elementos de la realidad de “mi vida”, que no son ingredientes de la teoría analítica, pero que son estructurales y previos a cada biografía concreta. Con *ideas, creencias y opiniones* hace un aporte a la filosofía y a la sociología del siglo XX, al mostrar que, para entender la sociedad, más importante que las ideas que se tiene sobre ella, es la indagación sobre las creencias que los hombres viviendo en sociedad tienen, las creencias que funcionan. Así las creencias son continentes y no los contenidos de nuestra vida.

Infinitos saberes nos dejan en la incertidumbre respecto a lo que nos importa. En la metafísica como ciencia de la realidad radical que es ‘mi vida’, la vida en la circunstancialidad del vivir, plantea Marías que al considerar “mi vida”, mi vida incluye toda la realidad en el sentido en que nada queda excluido, “el yo soy”, es ingrediente de la realidad, se resalta que lo central no es el hombre sino el vivir, pues aunque yo no sea componente o parte de lo que se denomina realidad, mi vida es la realidad radical.

La centralidad del vivir implica que yo me encuentro en la realidad viviendo. El vivir es el sentido radical de la realidad en el que se descubren las estructuras de mi vida; así la metafísica halla la certidumbre radical y encuentra la teoría de la vida humana. Con este hallazgo se da la superación de la concepción heideggeriana del ser en la que se encuentra inscrita la tradición filosófica. Aquí no se fundamenta desde lo ontológico, no se indaga por la verdad del ser, sino por la realidad del vivir.

gade después de escuchar al profesor Raley en el VIII Congreso Internacional, *Julián Marías: Una visión responsable*, realizado en Madrid en el 2008, publica un volumen que introduce en el pensamiento de Julián Marías.



Marías ha definido en el método de la metafísica, explicando y ampliando el concepto de *razón vital* de Ortega, que el vivir requiere la puesta en marcha de la razón y que la función de ésta solo se ejecuta viviendo. Esta metafísica no es certeza de la que se parte, sino a la que se llega, porque pretende hallar la certidumbre radical para poseer, aprehender y dominar la realidad que encuentro y en la que me encuentro. Este método es el de la razón vital, señala Marías, vivir no se trata solo del ser hombre o estar en el mundo en el contexto heideggeriano, se trata de estar viviendo, y viviendo con las otras realidades radicales. Los ingredientes con los que hacemos nuestra vida individual –interpretaciones de las cosas, figura del mundo, creencias, lenguajes, usos, entre otros–, son históricos y, por tanto, la vida misma siempre se realiza en una situación histórica. No hay historia sin convivencia sucesiva, pero no es menos cierto que no hay vida individual humana más que en convivencia sucesiva; de suerte que a mí me pasa, en la realidad radical e irreductible de mi propia vida individual, la historia, la cual, por su parte, trasciende esencialmente de mi vida (Marías, 1955, p. 23).

En una primera fase, Julián Marías es totalmente orteguiano, vitalista, estudia al hombre desde la categoría de vida, tan propia de Ortega. Posteriormente, tras desarrollar su propio método de estudio¹, a la categoría *vida* se le añade otra que Ortega pasaba por alto: la corporeidad. El hombre no solo es la experiencia vital, sino que es en su cuerpo y su corporeidad –que tiene carácter sexuado– lo que determina su experiencia vital, ya que se es varón o se es mujer en función de las características naturales del cuerpo (Segade, 2010, p.43).

El hombre, la persona corpórea, como bien se plantea en *Persona*, desde el capítulo I sobre la Presencia (Marías, 1996)² donde señala que: se futuriza, se experimenta la irrealidad proyectiva, biografía que se desnuda; es alguien con intimidad, mismidad y no identidad, el mí, corporeidad y trascendencia; el yo inseparable de la circunstancia que experimenta la desilusión, futurizo, futuro que puede o no realizarse. Pero también experimenta que puede entrar en la soledad, a la vez que en la mismidad; que puede estar no solo con otra persona, sino en ella, que en cada nuevo despertar se va haciendo, puede rectificar y volver a empezar, renace, está siendo sin límite conocido.

1 Su método de estudio desembocaría en la publicación de *Antropología Metafísica* en 1970.

2 Julián Marías, *Persona*. (Madrid: Alianza, 1996), 14,17,21,23,24.



Cuando se hace referencia a las víctimas, en este trabajo se resalta esta concepción de Julián Marías, como realidad proyectiva, que está siendo continuamente, que además es sujeto histórico, individual y social colectivo. El sujeto de la historia, naturalmente no es el hombre individual, sino esa realidad denominada convivencia sucesiva. Pero esta convivencia es de hombres individuales, sin los cuales no es nada. Preguntarse por el sujeto de la historia equivale a inquirir la estructura y los límites de la convivencia sucesiva, más concretamente, de las diversas unidades de convivencia, es decir, de las sociedades (Marías, 1955, p. 24). Idea que concreta Marías en *Teoría de la vida humana* cuando plantea “mi vida” me aparece como convivencia, pues la relación entre la estructura funcional e irreal, ‘vida humana’, y la realidad singular, circunstancial y concreta “mi vida”, es absolutamente intrínseca y necesaria.

Partiendo de la realidad de la persona, para Marías una sociedad está definida por un sistema de vigencias comunes –usos, creencias, ideas, estimaciones, pretensiones–, no basta pues con agrupar a los hombres en cierta manera para obtener una sociedad (Marías, 1955, p. 24), es en esta consideración que se fundamenta el considerar el aporte de las víctimas, su relacionalidad en la consolidación del Estado democrático.

Reconocer la situación de víctimas es un acto de verdad, histórico y social, y se enmarca en la teoría de estructura social de Marías (1955) sobre las creencias, que más que sistema teórico es vital, como vital es la situación de las víctimas, pues “las creencias, son las formas más profundas y elementales de inclusión de las diversas realidades en la vida; son las grandes interpretaciones de lo real, de las que se echa mano, a cuenta de las cuales, –por eso son creencias– se vive” (p. 259). Después de señalar las creencias de una sociedad primitiva y sedentaria que habita en un valle, éste es algo diferente para esta sociedad, de lo que es para un hombre occidental de hoy. En tal dirección:

Si se investiga una estructura social, el método no puede ser, por tanto, buscar cuales son las creencias de esa sociedad a cerca de una serie de puntos que nos parecen importantes, sino antes que eso determinar a cerca de qué esa sociedad está en creencias; esto dibuja el perfil de su forma de vida y nos da el esquema del sistema de esas creencias, más importante aún que su contenido concreto. (Marías, 1955, p. 260)



Como acto de verdad, es importante considerar a Marías como un testigo de la verdad, *una vida en la verdad*, como tituló su obra Helio Carpintero, donde señala que “el concepto central que Marías incorpora a su pensamiento, la vida y sus derivados, es clave el de razón vital. A partir de ellos construye su propia concepción, destacando dos rasgos propios: su teoría de la estructura empírica de la vida humana y la concepción de la persona” (Robles, 2008, p. 49). Para comprender algo se necesita su vivificación, esto es, la operación de situar ese algo que se intenta comprender en el marco de la vida humana. De aquí que para entender el funcionamiento de la democracia actual hay que indagarse por las víctimas.

Es así como la vida humana proporciona el argumento básico dentro del cual todo adquiere su contorno preciso y su significado. La vida es el órgano mismo de la comprensión y por ello, la vivificación, que en las víctimas cuenta con su propio ambiente vital. En Marías “para comprender algo se necesita su vivificación, el acto de situar adecuadamente algo en el argumento de la vida, constituye una vía hermenéutica. Aquí resuenan motivos filosóficos de las concepciones de Ortega y de Dilthey, pero también de Heidegger y de Gadamer” (Robles, 2008, p. 49). La razón se torna de índole narrativa, de modo que la especulación filosófica huye del idealismo abstracto e igualmente del crudo objetivismo empirista, a la vez que la práctica política sale de los procesos de dominación para quedarse en la búsqueda del sentido desde la vida misma. La lógica filosófica, para Marías, es la lógica del pensamiento concreto, una lógica constructiva e interpretativa del mundo en que nos hallamos, así son determinantes las convicciones, las creencias y los sufrimientos.

Cuando Moratalla habla a sus alumnos de la figura de Marías, plantea de entrada lo que más le impactó de él y señala que fue un filósofo poco convencional, había querido vivir como católico y presumía de liberal, resalta así esta figura que perteneció a una generación de filósofos que quiso tomarse en serio el papel de la fe católica en la identidad de los pueblos de España antes y después del histórico acontecimiento del Concilio Vaticano II. Perteneció Julián Marías, según Moratalla, a lo que denomina “una generación de maestros que vivía su fe sin complejos porque estaba abierta a todo tipo de diálogos, una generación obligada a mantener la firmeza de sus convicciones no sólo ante la censura del poder político o académico, sino ante la incompreensión del poder religioso” (Domingo, 2006, p. 41-46). Esto evidencia que en Marías la vida es una integralidad, las creencias marcan el vivir: creía en el amor y vivió



amando su esposa, hijos y patria; entendió la persona y la defendió con sus argumentos como realidad radical. Creía en la libertad y resalta la no determinación defendiendo la búsqueda personal en la incertidumbre radical de las circunstancias; la libertad conlleva a construir una vida en convicciones que no están al vaivén del poder político y la conveniencia histórica de acuerdo a las lógicas de poder.

Marías es el filósofo que dedicó la vida a la búsqueda de la verdad, enraizado en el cristianismo, consideración que amplía muy bien el profesor Segade desde la Asociación española de personalismo, al plantear algunos aspectos de esta realidad del filósofo y creyente, como se menciona en adelante: es ante todo un compromiso personal, renovado, o casi se diría que iniciado en la visita universitaria a Tierra Santa en el memorable crucero de estudios de la facultad de filosofía. La fe cristiana da sentido a la vida y explica la muerte, no como muro sino como puerta (Caballero, 2006, p. 25), pero no es un consuelo temporal, sino la pieza clave que nos hace entender la verdad antropológica de la persona.

Para el profesor Forment, Marías hace una verdadera filosofía cristiana porque se fundamenta en dos aspectos: la creación de la realidad por Dios y la consideración del hombre como imagen espiritual de Dios. El cristianismo vive la noción de persona de forma esencial. Sin embargo, solo en el siglo XX la filosofía ha llegado a reconocer la realidad personal del hombre. Por eso, cuando los Estados atacan al cristianismo, atacan directamente el caldo de cultivo en el que brota el concepto de persona y, por consiguiente, sus cualidades, entre ellas la libertad, comienzan pronto a sufrir las primeras consecuencias del desarraigo anticristiano (Segade, 2010, p. 45).

Estos elementos son signos proféticos que ante la presión política, económica del Estado, ante las dificultades del periodo de guerra y de transición que le tocó soportar, ante los periodos de escasez y marginación laboral, pública y universitaria, Julián permanece firme en sus convicciones, en su búsqueda de la verdad y en la sinceridad de la vida, convirtiéndose como referente para este trabajo en el que se resalta a las víctimas como realidad estructurante del Estado, en cuento que las víctimas no son un concepto sino una narración en el Estado contemporáneo. Así se mira lo que se entiende como aspecto narrativo de las víctimas.



Con el ejemplo que propone Marías sobre el significado de pentágono, lechuza y Cervantes, clarifica que cuando se trata de la vida humana no hay una definición sino una narración, y aquellos elementos que la filosofía clásica, desde Parménides con la radical unidad del ser, superada por Aristóteles al definir la diferencia *entre esencia–accidente y lo propio*, más de dos milenios después, Marías con su obra aporta un elemento importante, universal, y que solo se puede explicar desde la Estructura Empírica y que resalta a cada uno: el ‘mi vida’, ‘el vivir’ en la realidad dramática de la vida vivida en la singularidad de cada vida humana y en el conjunto de la humanidad.

Crítica al poder individualizador del estado desde Michael Foucault

Foucault escudriña el potencial humano en aras de superar el poder pastoral extendido desde la antigüedad y medioevo hasta el nuevo poder pastoral centralizador, encarnado en las estructuras del Estado liberal y las redes del poder individualizador. Desde *El Gobierno de sí y los otros*, *Hacia una crítica de la razón política*, *Un diálogo sobre el poder*, se rastrea aquí el concepto de poder, poder creador de víctimas.

Foucault plantea al final del siglo pasado, después de investigar el sistema de vigilancia y control en occidente y su evolución en los últimos tres siglos, que el poder pastoral ha evolucionado hasta el poder centralizador del Estado (Foucault, 1990), pero este último a la vez ha permitido la evolución del saber y de la práctica política para dominar a los individuos de forma total y permanente; en ello centra la investigación sobre el poder individualizador.

El poder pastoral que se inicia en el Oriente, en Egipto y, la tradición judía que lo encarna totalmente en el Dios único pastor, plantea que no son los griegos los promotores de esta figura, que evoluciona plenamente en Occidente hasta crear tecnologías inimaginables para el dominio de los hombres reunidos como un rebaño bajo la orientación de un grupo de pastores, que están enlazados en el Estado y que ha dado origen al poder individualizador.

Partiendo de la figura del rey pastor, analizada en Platón, al que le es imposible cuidar de cada uno, y por la imposibilidad de desarrollar las tecnologías de poder directo, retoma otras como el examen y dirección de conciencia,



etc., utilizadas éstas desde los epicúreos, estoicos y pitagóricos, y que fueron implementadas por el mundo greco romano y el cristiano.

Así que Foucault investiga en Platón los rastros del poder pastoral, llegando a su método de la división, consistente en el hombre que da órdenes a lo animado y lo inanimado hasta justificar al jefe político que da órdenes y somete al pueblo. Luego se justifica ese poder de un hombre sobre los demás, con el mito del mundo que gira en torno a su eje, y también con el argumento teológico de la divinidad que dirigía a sus creyentes. Por ello, no tenían necesidad de constitución. Luego, en sentido contrario, cuando se le entrega el fuego a los hombres, viene la necesidad de responder el interrogante: ¿Cuál será el papel del político?

Aparece entonces el político encargado de entablar la red de poder, asociando y haciendo uso de la opinión; con ello la racionalidad política enfrenta el problema de lo uno y lo múltiple, el individuo y la sociedad. Foucault resalta que esta fue una discusión controvertida en la antigüedad, pero que desembocó, de una parte, en la relación gobernado-gobernante, ciudad-ciudadano, pastor-rebaño; de la otra parte y sobre todo, en la integración vida-muerte-verdad-identidad-individuos, que han sido bases para las estructuras occidentales del poder, que como bisagra, pareciera haber cerrado la puerta del buen vivir y el gobernar bien.

Estas estructuras del poder se han manifestado en las innumerables técnicas desarrolladas para ejercer el poder político centralizador del Estado y el poder individualizador, generadores de víctimas. Este poder es el que investiga Foucault, desarrollado en la cárcel, el manicomio, el hospital, —el preso, el loco, el enfermo—, como instituciones del Estado controlador, que ha evolucionado al poder individualizador, en relación con lo que, según Taylor, son los principales problemas de la contemporaneidad: el atomismo social, el imaginario social moderno del capitalismo liberal individualista utilitario, todo posibilitado desde el contexto de la democracia y el positivismo científico.

Desde la anécdota que trae Foucault en *El gobierno de sí y los otros*, la presentación de Diógenes al Rey, ante la pregunta: ¿Quién eres?, éste contesta: soy el gran rey Alejandro. Y la respuesta de Diógenes: Voy a decirte quien soy yo, soy Diógenes el perro (Foucault, 2009, p. 295). Con esta anécdota plantea Foucault que el sujeto siempre tiene la oportunidad de ponerse por encima



de las estructuras de poder en el ejercicio de la libertad, y con la develación del poder político se puede lograr los modos de ser justo y verdadero. Bien lo narra la conclusión de la anécdota, cuando Diógenes, el Cínico decía: “Soy un perro porque halago a los que me dan, ladro a los que no medan y muerdo a los malos”. Se resalta que siempre está la libertad de aceptar el poder, pero también, de hacer resistencia y rechazarlo.

Teniendo en cuenta otro análisis, para ponerse por encima de este poder dominación, está el caso de Platón sobre los “consejos que da a Dionisio sobre la moderación, la acción de los partidos enfrentados para que se reconcilien, y a los soberanos para que entablen una relación de amistad con los gobernados, en vez de imponerles una dominación violenta” (Foucault^{2009, p. 268}). Con esto se aborda la cuestión de la relación filosofía y política, concretándose cuando Foucault comenta las Cartas VII y VIII de Platón a Dión.

En el tercer grupo de consideraciones, en la referencia al filósofo frente a la política, los consejos al soberano, y a quienes ejercen el poder, muestran con claridad los elementos para luchar contra el poder; ello implica la comprensión de que al poder hay que conocerlo, saber quién lo ejerce y de qué manera; implica el interés por develar el poder real, que no se da en la violencia y la dominación.

De ahí se llega a nueva forma de consideración del poder, que bien se entendió a partir de los desastres bélicos del siglo XX que causaron la generación de millones de víctimas: “El poder solo es realidad donde palabra y acto no se han separado, donde las palabras no están vacías y los hechos no son brutales, donde las palabras no se emplean para velar intenciones sino para descubrir realidades, y los actos no se usan para violar y destruir, sino para establecer relaciones y crear nuevas realidades” Es en tal razón que se plantea dar el giro del poder político creador de víctimas al poder de las víctimas para transformar y consolidar el Estado democrático.

Con Foucault se da la argumentación evidenciando la maya del poder, que, desde los griegos hasta la sociedad sinóptica de Bauman, se presenta como elemento desconocido, donde hay que navegar para construir la propia novela para instaurar las tecnologías del yo y así lograr la vida como obra de arte, una estética de la vida, frente al Estado que la ha normalizado desde el poder pastoral, ahondado por la cultura judeo-cristiana, y universalizado por el libera-



lismo moderno. Con esta crítica al poder, que permite dar el giro, pues ahora se busca como bisagra para abrir la esperanza, se aporta aquí un argumento desde el quehacer filosófico, porque “el discurso filosófico no dice la verdad de la acción política, no dice la verdad para la acción política, dice la verdad con respecto a la acción política, con respecto al ejercicio de la política, con respecto al personaje político” (Foucault, 2009, p. 296).

Para la construcción del discurso ante la acción política y el personaje político, es menester comentar los elementos de los consejos de Platón a Dionisio ante la situación de Siracusa. Foucault parte del conocimiento de la realidad, ello implica escuchar la voz de la ciudad; el filósofo da al rey los consejos con la escucha de la *phoné* de la *politeia*; se pide luego asumir los consejos del filósofo, como lo debe asumir el enfermo ante el buen médico. En tal sentido, se ven allí los elementos que se tienen que considerar para la atención a las víctimas y su impacto.

El ejemplo del buen médico ilustra el tipo de intervención que implica niveles de comprensión, profundización y prácticas de poder desde las víctimas. El buen médico interviene cuando hay enfermedad para curar y sanar. El buen médico para esto tiene que conocer los males; en un segundo momento persuade al enfermo y lo convence de la enfermedad que padece y los medios para curarla; y, en tercer lugar, no solo diagnostica reflexionando y persuade hablando, además, logra convencer al enfermo de que no basta con tomar medicamentos, sino que debe modificar por completo su manera de vivir, su régimen, su dieta (Foucault, 2009, p. 272). Esta consideración del consejero como médico es la situación del filósofo frente a la verdad del poder, porque “la filosofía es la actividad que consiste en hablar con veracidad, practicar la veridicción con referencia al poder” (Foucault, 2009, p. 272). Acerca de la relación teoría y práctica, se plantea como una lucha el papel del intelectual:

Ya no consiste en colocarse un poco delante o al lado para decir la verdad muda de todos; más bien consiste en luchar contra las formas de poder allí donde es a la vez su objeto e instrumento: en el orden del saber, de la verdad, de la conciencia, del discurso. Por ello la teoría no expresará, no traducirá, no aplicará una práctica, es una práctica, pero local y regional, como tú dices: no totalizadora...lucha por una toma de conciencia, por la zapa y la toma del poder, al lado, con todos los que luchan por ella, y no en retirada para esclarecerlos.



Una teoría es el sistema regional de esta lucha. (Foucault, 2007, p. 26)

En relación con hechos generadores de víctimas en el mundo, pero en particular en esta región americana donde hay que descubrir quien ostenta el poder y enfrentarlo, para desde la resistencia evidenciar elementos que favorecen la búsqueda del hacer de la vida individual y social una obra de arte, ello implica la verdad; por tanto, se aclara la tarea del filósofo: “Me parece que para la filosofía occidental el verdadero objetivo, jamás fue decir a los políticos qué hacer. Su objetivo frente a los políticos, frente a la práctica política, frente a la política siempre fue existir como discurso filosófico y como veridicción filosófica” (Foucault, 2009, p. 297).

Ello ha implicado ir en contra de las mafias, de los aparatos paramilitares, guerrilleros, corrupción estatal y la racionalidad instrumentalizadora.

Un elemento para resaltar en la tarea de la filosofía como en la política es la construcción de la ciudad. Por ello, el poder es visto no solo como elemento opresor, sino como lo común a los hombres y en particular el poder de las víctimas, que puede actuar como bisagra para unir, renovar el compromiso con las víctimas. Esta es la argumentación que se plantea para el avance desde y con las víctimas, en el reto de la consolidación del Estado democrático, superando los regímenes totalitarios desde la segunda mitad del siglo XX. En tal sentido se debe entender:

El único factor material indispensable para la generación de poder es el vivir unido del pueblo. Solo donde los hombres viven tan unidos que las potencialidades de la acción están siempre presentes, el poder puede permanecer con ellos, y la fundación de ciudades, que como ciudades-estado sigue siendo modelo para otra organización política occidental, es por lo tanto el más importante prerrequisito material del poder. Lo que mantiene al pueblo unido después de que haya pasado el fugaz momento de la acción -organización- y lo que, al mismo tiempo, el pueblo mantiene vivo al permanecer unido es el poder. (Arendt, 1998, p. 224)

Desde el recorrido por los consejos de Platón, se reconoce que el mal de Dionisio no fue que tuviera el poder, no fue que entregara el poder a los ex-



tranjeros o a los hermanos, el problema fue que no supo hacer el reparto de los poderes, no logró la confianza en la comunidad de poderes.

Aunque aquí no se propone ahondar en los conflictos internacionales americanos, ni en el choque de trenes entre Cortes y ejecutivo, hay que destacar en las democracias occidentales el mal reparto del poder, en particular en las americanas. Para el caso latinoamericano, en especial el colombiano, se evidencian continuamente casos de abusos de poder, tanto de parte de las mafias, los ejecutivos del gobierno, los jueces, a la vez que se descubren vacíos de poder en las organizaciones estatales, vacíos disfrazados de tramitología.

Cabe resaltar que en las constituciones democráticas se plantean como soberano al pueblo, criterio de la democracia real, pero fácilmente se encuentra que en el contexto latinoamericano se ha pasado del populismo al neopopulismo. Para finales del siglo XX y en la primera década del siglo XXI se da esta ola, esté tránsito al neopopulismo (Patiño, 2007) que florece en Venezuela, Ecuador, Colombia, Argentina, Bolivia, Nicaragua, donde se evidencia que lo primero no es el elemento democrático sino el caudillismo, elemento que se amplificó después de las reelecciones presidenciales norteamericanas, que se popularizaron para este periodo en el contexto latinoamericano, que ahora está en una tendencia a la derecha, por el fracaso de estos gobiernos de izquierda.

Otro ejemplo donde se observa el poder mal repartido es en ciudades y municipios, el Estado al servicio de enormes capitales particulares, posibilitando lo que se conoce en Colombia como “el reparto de la mermelada”, generando los incrementos de corrupción y las enormes riquezas alcanzadas en poco tiempo por los mandatarios y grupos elitistas, organizaciones armadas al margen de la ley, que aprovechando la contratación pública y las influencias en miembros de partidos, congreso y cortes nacionales e internacionales han puesto el Estado al servicio del poder económico privado, agravándose el nepotismo.

Retomando el caso de Persia y Atenas, Foucault amplía el consejo de Platón a Dionisio: dejar las elites locales en las ciudades conquistadas a los bárbaros, superando esa relación monarquía-democracia (Foucault, 2009, p. 277). Esto es común al hemisferio americano con la situación de los partidos polí-



ticos; ésta ha sido una modalidad asumida en nuestros días. En los partidos políticos se destacan los líderes locales regionales y a ellos se les asegura el puesto público y a los suyos, convirtiendo las elecciones en el escenario de conservación del poder en lo local, lo regional y lo nacional. Esta es la propuesta de Platón, que en cada ciudad tengan su régimen y estén conectadas a la metrópoli por una relación reglamentada, funciona muy bien en el actual orden constitucional, no solo nacional sino internacional, donde se resaltan los gobiernos amigos, donde es central la comunión ideológica, que a la vez implica la comunión en el modelo económico.

Ello no quiere decir que las gentes todas se hayan adormecido, por el contrario, se conocen los movimientos de los indignados, la primavera árabe y tantas otras iniciativas que vienen en aumento frente al fenómeno de inconformidad ante el régimen instaurado; detrás de esto, hay algo más que se presenta como punto de análisis, el interés foucaultiano es abrir un nuevo punto de partida: “Pienso que, por debajo del odio que el pueblo tiene a la justicia, a los jueces, tribunales y prisiones, no hay que ver tan solo la idea de otra justicia mejor y más justa, sino en primer lugar y ante todo, la percepción de un punto singular en el que el poder se ejerce a expensas del pueblo” (Foucault, 2007, p. 29).

Esta red de poder ha permitido no solo el control de la ciudad, sino que la ley local dependerá de la ley nacional, con ello se asegura el gobierno descendente, por esto las medidas de tipo local siempre dependerán de las políticas nacionales. En esto consiste la promesa de Platón a Dionisio, de observar este consejo para la conservación del imperio y su multiplicación. Este es el caso de las políticas públicas en las actuales democracias, donde sus contenidos parten siempre del Estado centralizado, aunque se tiene como bandera la autonomía local, pero los entes regionales y locales solo pueden actuar desde la política nacional, lo que quiere decir que está el poder asegurado.

En el contexto de los consejos del filósofo al Rey, vienen los que son al rey como individuo, así es como aparece el de gobernarse así mismo, ser maestro de sí mismo, la virtud de la moderación, *enkratés autos hautón* (Foucault, 2009, p. 279), muestra el camino para que gobernar sea un arte; no es desde afuera, no es instaurando un nuevo orden, una nueva ideología, no es cambiando de régimen como se puede hacer de la vida una obra de arte, como se



puede gobernar bien, como se puede salir de la sociedad bipolar y objetivizada, solo quien ejerce el poder desde la subjetivación del sujeto, desde la aplicación de las tecnologías del yo, se pone por encima del aparato normalizador.

Se da el paso de la relación teoría –el decir veraz– y práctica política, cuando Foucault plantea que el lugar de encuentro del *logos* y el *ergon* es “en el alma del príncipe, es allí el lugar donde se da la relación política-filosofía” (Foucault, 2009, p. 300), superando el planteamiento de los cínicos que ponían el encuentro filosofía-práctica política en la plaza pública. Con ello no se trata de una coincidencia entre un saber filosófico y una racionalidad política, sino que “el alma del príncipe debe poder gobernarse verdaderamente según la filosofía verdadera, para poder gobernar a los otros según una política justa” (Foucault, 2009, p. 303).

Se trata del modo de ser del político, superando las prácticas que la política impone al gobernante y de las que el gobernante genera, prácticas corruptas e injustas, elitistas, objetivizadoras e instrumentalizadoras, donde el elemento central es la violencia:

Solo la convicción de la Época Moderna de que el hombre únicamente puede conocer lo que hace, que sus capacidades pretendidamente más elevadas dependen de la fabricación y que, por lo tanto, es profundamente *homo faber* y no animal *rationale*, pusieron de manifiesto las implicaciones mucho más antiguas de la violencia inherentes a todas las interpretaciones de la esfera de los asuntos humanos como esfera de la fabricación. (Arent, 1998, p. 248)

La formación moral de los que gobiernan es indispensable para el buen gobierno de la ciudad, gobernar como es debido implica el uso de dos recursos: de un lado haciendo sentir el temor –el gobernante hace ostentación de su fuerza–, y en el segundo momento, mostrando el *aidós*, pudor y respeto. Sobre todo, es en la relación interna del gobernante consigo mismo, de donde parte el respeto por sus obligaciones, por la ciudad y las leyes (Foucault, 2009, pp. 283-284). Ello implica superar la idea platónica de la aristocracia, como asegura Suárez: “la idea de que algunos hombres han podido conocer la verdad sobre la política, y que por ello están en la obligación de enseñarla o imponerla a los demás, tiene su origen en la obra de Platón y se conoce como la justificación aristocrática del poder político” (Suarez, 2004, p. 63).



El gobernar bien, el hacer de la ética una estética, implica el deseo, el impulsarse a una vida feliz, el anhelar un buen gobierno, el moverse hacia un discurso que con lleve al *eudaimón*, el afirmar la vida; implica recalcar lo problemático de la relación entre el deseo de poder y el ejercer el poder: “Las relaciones entre deseo, poder e interés son más complejas de lo que por lo general se cree, y no son forzosamente los que ejercen el poder quienes tienen interés en ejercerlo; quienes tienen interés en ejercerlo no lo ejercen, y el deseo del poder juega entre el poder y el interés un juego que todavía es singular” (Foucault, 2007, p. 33).

Foucault con las tecnologías del yo que se ponen por encima del poder pastoral y el poder centralizador del Estado, permiten la superación de la concepción de quienes creen poseer el conocimiento científico de la política, gracias a que en el escenario del siglo XXI es común que tras los sondeos, las encuestas de opinión, el margen de error, las mediciones del nivel de favorabilidad y desfavorabilidad, los planes de los científicos sociales, la tecnologización de la contratación estatal, el primado de técnicos sociales, hace que nos encontremos ante quienes pretenden imponer su verdad.

Desde estos elementos de la sociedad de masa es común encontrar posiciones que aseguraban el ejercicio del poder a unos cuantos, como se aplica desde el inicio de la instauración del *zoon politikon*, develando una falta de evolución en el planteamiento, pues “quienes declarasen poseer el conocimiento científico de la política tenían el derecho de decir a todos los hombres cuál era el camino correcto en el dominio de lo social. En otras palabras, se trata de la búsqueda del poder para imponer la verdad” (Suarez, 2004, p. 256).

Por el contrario, Foucault (2007) sienta las bases, redescubre el poder desde sí para abrir la esperanza ante la encerrona que había impuesto la práctica política del poder centralizador liberal e individualizador, y por ello afirma:

La teoría del Estado, el análisis tradicional de los aparatos de Estado, no agotan sin duda el campo de ejercicio y funcionamiento del poder. Actualmente este es el gran desconocido: ¿Quién ejerce el poder?, ¿Dónde lo ejerce? sabemos perfectamente que no son los gobernantes quienes detentan el poder. Sin embargo, la noción de clase dirigente no está ni muy clara ni muy elaborada. Dominar, dirigir,



gobernar, grupo del poder, aparato de Estado, etc. Aquí hay un conjunto de nociones que piden ser analizadas. (p. 31)

Desde la relación filosofía-práctica política se plantea la necesidad de explorar los elementos que permiten redescubrir la racionalidad política, para “forzar la red de la información institucional, nombrar, decir quien ha hecho qué, designar el blanco, es una primera inversión del poder, es un primer paso para otras luchas contra el poder” (Foucault, 2007, p. 32). También se da la relación filosofía-práctica política cuando se entablan elementos que van develando esa red del poder individualizador, las víctimas participan en este proceso. Muestra Foucault (2007) que la lucha contra el poder adquiere la característica de generalidad, y en el contexto del movimiento revolucionario de la década de los 70`s, se visibiliza más esa generalidad que la produce, el sistema mismo, con todas las formas de ejercicio y aplicación del poder (p. 35).

Con la ética-estética avanzamos más allá del conatos espinosista, más allá de la filosofía del placer, se avanza en la lucha por el gozar de sí mismo. Al comentar la obra de Spinoza, en el capítulo dedicado al cuerpo, superando la moral supersticiosa, la ética espinosista reconoce las potencialidades del hombre, quien superando el dolor está para el goce de los placeres sin dañar la salud, vivir en sociedad sin el alejamiento elitista, se da la búsqueda del dinero para asegurar la vida. Spinoza plantea la necesidad de buscar el sumo bien, la filosofía, la felicidad, conquista a realizar con las tecnologías del yo foucaultiano, como lo argumenta Martínez:

Espinosa va más lejos de Epicuro y Lucrecio, ya que más que apostar por una estrategia de conservación que busca el mantenimiento de los equilibrios naturales y que se repliega en la amistad y la sabiduría individual frente a los peligros de la política y la historia, Espinosa apuesta por el desarrollo de las potencialidades de los cuerpos en el marco de una naturaleza y una sociedad que se acepta en toda su complejidad y que se trata de transformar en dirección a una sociedad más libre que permita una vida individual cada vez más alegre y feliz. (Martínez, 2007, p. 97)

Al reconocer la lucha que grupos específicos han entablado contra la forma particular de poder, de coacción, de control que sobre ellos se ejerce, Foucault



muestra que es posible que la bisagra se mueva hacia la esperanza, para no ser masacrados por las estructuras del poder individualizador, eso sí, se trata de asumir compromisos para no cambiar solo de titular del poder, lo expresa así: “Las mujeres, los prisioneros, los soldados de quinta, los enfermos en los hospitales, los homosexuales. Actualmente tales luchas forman parte del movimiento revolucionario con la condición de que sean radicales, sin compromisos ni reformismos, sin tentativas de habilitar el mismo poder con un simple cambio de titular” (Foucault, 2007, p. 34). Si este es el planteamiento de Foucault durante la década de los 70’s, es menester y prioritario que cuarenta y cinco años después se implemente este planteamiento evidenciando cada vez más, y en particular, aquí en este trabajo el aporte de las víctimas, pero no ya como un grupo más del complejo entramado social, sino como generadores de transformación y gestión de conflictos en aras de la consolidación democrática.

Perspectiva de una democracia política desde Saramago

En Saramago nos encontramos ante el hombre que fue haciéndose escritor y el escritor que fue conociéndose hasta alcanzar la serenidad. Encontramos una obra descriptiva, narrativa que ve la integralidad y centralidad del hombre en la búsqueda de conciencia y libertad, en medio de una realidad política y social sometida al poder económico: *la Silla, la Isla desconocida, Pilar y José, el discurso de aceptación del premio Nobel, Ensayo sobre la Ceguera*, son obras en las que se muestra al hombre en sus territorios, buscando superar el sometimiento de los diferentes tipos de poderes socioeconómicos.

Saramago, quien ha crecido en medio del poder de la dictadura en Portugal, desencantado de la democracia y el comunismo; crítico del proceso de globalización, como lo manifestó en su discurso en el 2002 en la clausura del Foro Mundial Social, muestra que el toque de campanas del campesino de Florencia en el siglo XVI, por la muerte de la justicia, sigue sucediendo hoy, porque el poder económico de multinacionales –siempre en aumento–, con estrategias de dominio que nada tienen que ver con el bien común, con el vaciamiento de los Derechos humanos –desprestigiados, mancillados–, además los partidos políticos –especialmente de izquierda– anquilosados en formas caducas, sin hacer cara a la brutal realidad del mundo actual, y aunque se sigan teniendo elecciones, la democracia se desfigura, está en decadencia, lo



que llamamos democracia no lo es (Saramago, 2004, pp.57-62). Con ello se está ahondando en la consideración de Ulrich Breck sobre la globalización donde se llega a la sociedad del riesgo.

En este contexto se encuentra en Saramago que el gran problema de nuestro tiempo es la democracia, porque el poder no reside en el pueblo, lo que ha hecho que el hombre, el ser humano sea empujado a un proceso de deshumanización, al desconocimiento del otro, como lo presenta en *Ensayo sobre la ceguera* (Saramago, 1998, p.238) ¹ cuando dice: “Lo que tampoco cambia es que unos se aprovechen del mal de otros, como muy bien saben desde el principio del mundo los herederos y herederos de los herederos”.

Se culmina este segundo capítulo acudiendo a la crítica que se ve en el recorrido por los caminos que ha construido en su literatura el escritor de Azinhaga; su historia es la de quien conquistó la Isla de su vida; precisamente en su relato de la Isla desconocida, se narra no solo su búsqueda, sino también la de la humanidad. Cuando se creía que ya no había islas por descubrir, construyó una argumentación con un sentido crítico a la realidad deshumanizante de final del siglo XX y comienzos del XXI, mostrando al mundo los nuevos territorios en los que cada uno alcanza la conciencia, el reconocimiento de los otros, el espacio para desasosegar la vida, la búsqueda constante por la inclusión, la reforma de la democracia, partiendo de una autocrítica y de la reivindicación del poder democrático, pero de la democracia iniciada en Grecia, que residía en el pueblo, no la que dependería de los latifundista del Lazio.

Lo que hace la obra saramaguiana es un rescate del hombre concebido inte-

1 José Saramago, *Ensayo sobre la ceguera*. Traducción de Basilio Losada. (Alfaguara, 1998), 238. Con esta obra la crítica literaria reconoció como gran escritor y le otorga el Premio Nobel de Literatura en 1998. Después de toda la ventura del médico ciego que ha recuperado la visión, mientras su esposa -quien al final piensa que le tocó a ella la ceguera, cuando levanta la mirada al cielo y ve todo blanco, se llena de angustia-, la chica de las gafas oscuras, el niño estrábico, el viejo de la venda negra, pasan la última noche en vela, sin comer, leyendo el libro, como si mostrara el autor que solo formándose, leyendo, con el poder de la escritura y la palabra, reunida la comunidad, se puede superar la ceguera, pues uno a uno, a lo largo de la noche llegan al amanecer y todos ven; pero también se sigue el planteamiento que son ciegos que ven. Como una inclusión en el cine, se inicia y se termina con la imagen de la calle, tanto el hombre del inicio que se ha quedado ciego ante el semáforo y siente la presión de la calle, como en aquellos que al final tienen el deseo de salir a la calle, al bullicio, al acelerar, al caos, pues ellos ciegos que ven, desean salir a la calle para ver que ha pasado con los otros. Esta imagen dispone a mirar el caos del mundo, el problema de la democracia, de la polis, dispone a centrar la mirada en el ser humano.



gralmente, por esto se culmina este capítulo exponiendo aquí puntos centrales, ya que desde su construcción literaria, desde esa nueva geografía política, más allá de la ideología de izquierda, Saramago devela problemas sustanciales de la democracia, al contrario de prácticas de políticos, como lo dice uno de sus personajes, el periodista, en *Intermitencias de la muerte*: el conocido impulso de recomendar tranquilidad a las personas a propósito de todo y de nada, de mantenerlas sosegadas en el redil sea como sea. Ese tropismo que, en los políticos, en particular si están en el gobierno, se ha convertido en una segunda naturaleza, por no decir automatismo, movimiento mecánico.

Se recurre aquí a la obra de Saramago en cuanto que es un llamado desde la literatura a despertar, a indagar sobre la construcción social incluyente, en medio de la masificación de este tiempo. Por tanto, es otro aporte que ayuda al reconocimiento de las víctimas, en tanto que, al “analizar la caverna bajo la perspectiva de algunos de los problemas de los estudios culturales, es un esfuerzo interpretativo necesario que posibilita pensar la literatura contemporánea en relación con las dificultades que se hallan en la actualidad: la identidad, lo popular, lo local y lo global, los marginados, el consumismo, etc. (Sánchez, 2012, p. 176), lo rural y lo urbano, la exclusión social, todos estos serán territorios donde Saramago centra su obra.

Como cada autor es su obra y ésta se convierte en su historia, Saramago fue haciéndose hombre y reconociendo su historia. Sus abuelos ocupados en las labores del campo fueron determinantes, para que el aprendiz de cerrajería, saboreara desde joven las savias de la poesía, como lo dijo en el discurso de aceptación del premio nobel, de cómo el personaje fue maestro y el autor su aprendiz:

Ahora soy capaz de ver con claridad quiénes fueron mis maestros de vida, los que más intensamente me enseñaron el duro oficio de vivir, esas decenas de personajes de novela y de teatro...cavar hacia el fondo, hacia abajo, hacia las raíces. Las mías, pero también las del mundo (Saramago, p. 16-17)².

Desde la literatura ha planteado su crítica e invoca una reconstrucción, desde los escenarios en los que se convierten sus novelas, sus escritos, en-

2 Saramago, *Palabras*, 16-17.



trevistas, cargados de alto contenido político y social; es así como en *Ensayo sobre la ceguera*, partiendo del hecho del hombre en su auto que queda ciego. Este hombre ya no puede contemplar otra luz, pues allí cuando está ante la luz roja del semáforo, se simboliza un pare que la humanidad debe hacer ante el peligro latente del afán vertiginoso del presente. Allí en medio de los agites sociales, el hombre queda ciego, tantos excesos por lo que se entra en una ceguera blanca.

Esta ceguera blanca es la denuncia de la falta de humanidad. Ante la nueva condición de ciego, este hombre es acosado por todos y en medio de esta situación, lo que se creía un acto de ayuda guiándole hasta su casa se convierte en un acto de agresión, le roba el carro. Así es como lo describió su mujer, en el camino al médico que va en busca del carro y al no encontrarlo le toca ir en taxi, es así que cuando va por el ciego se lo confirma: “la mujer acaba de entrar, nerviosa, Tu santo protector, esa alma de Dios, se ha llevado el coche”, pero además aparece continuamente en el diálogo apreciaciones sobre lo que implica esa lógica del aprovecharse del enfermo, del necesitado, lo que genera en un primer momento rabia, violencia, pero también a través de la mujer, viene la experiencia de esperar algo mejor, de esperar una nueva actitud de la humanidad: “No grites tanto, Y que le robaran todo lo que tenga, A lo mejor aparece, Seguro, mañana llama a la puerta y nos dice que fue una distracción, nos pedirá disculpas, y preguntará si te encuentras mejor” (Saramago, 2013, p. 19).

Y es con ella, la mujer, que va a conocer la tragedia de los otros personajes, que es la tragedia de nuestros días, estamos ciegos. Por eso escribió *Ensayo sobre la ceguera*, como lo dejó en claro al final de su discurso de aceptación del nobel, para que quien lo leyera recordara: “Usamos perversamente la razón cuando humillamos la vida, que la dignidad del ser humano es insultada todos los días por los poderosos de nuestro mundo, que la mentira universal ocupa el lugar de las verdades plurales, que el hombre dejó de respetarse a sí mismo cuando perdió el respeto que debía a su semejante” (Saramago, 2004, p. 28).

En la contemporaneidad se está participando de un proceso deshumanizante, cada vez con un ritmo más rápido, por tanto, cada vez produciendo más víctimas. Es así como lo primero que se pierde en esta experiencia del proceso de despojo que se padece actualmente es el nombre mismo. En la entrevista que hace Omar Valiño a Saramago, al comentar la obra *Sin nombres*, dice que



lo de no nombres, no es un capricho o una originalidad, es una tendencia para el anonimato (Saramago, 2013) en el que nos estamos metiendo, que tiene distintas expresiones, por ejemplo, el nombre se repite, o simplemente se es ya un número, por el cual se es catalogado, evaluado, solo se hace parte de la estadística, la identidad se pierde. Este es otro de los elementos en este proceso deshumanizante generador de víctimas, que despersonaliza, priva de particularidad, relega la familiaridad, pues todo esto es no tener un nombre y solo el Estado es el que da la identidad con un número.

Saramago propone que, ante esta crisis de la especificidad del ser humano, relegado a la masa, se requiere revisar el concepto de identidad, que en la tradición hegeliana solo la puede dar el Estado, y propone que hay que sustituirlo por el de generación, aunque se tenga el problema de que, si se reconoce que los padres han hecho esto o aquello, a los hijos no les importa nada, y esto se puede verificar en cualquier país. Saramago se presenta como quien mira al mundo como es, le interesa la condición del hombre concreto, de cada hombre, de su vida, con este planteamiento relega al Estado, le quita esa soberanía que pretende sobre el ciudadano. Esta consideración, Saramago la plasma en sus obras, particularmente en el hombre entrado en años, don José (Saramago, 1998, p. 41), quien además de ser empleado de la conservaduría general del registro civil, se interesa por coleccionar los datos de los personajes famosos, aprovechando su cargo, pero en una de esas aventuras, toma cinco fichas de famosos y la ficha de una desconocida, lo que va a desatar la trama de todos los nombres, desafiando el poder burocrático del Estado. Se desencadena una búsqueda de amor, de superación de soledad, auto crítica, que refleja en este autor, un hombre interrogado y preocupado por conocer la situación actual del ser humano, busca la realidad humana, la vida concreta.

Esta necesidad de rescatar el hombre, se profundiza cuando plantea que faltan ideas nuevas, como lo dice en la citada entrevista. Argumenta que las ideas están ahí, pero han perdido en gran parte su capacidad transformadora, la derecha para gobernar no necesita ideas, la izquierda necesita ideas y no las tiene. Muchas ideas en la mente, por ejemplo, la de consumismo, eso de que no somos sino consumidores, no se es nadie, no cuenta, sino se entra en la lógica del mercado, y sin consumir no eres nadie.

A partir del momento cuando el ser humano se mira a sí mismo como consumidor, se desarraiga toda humanidad. Está en el ejemplo que pone Sara-



magos de la mujer que pide para cuando se muera, que sus cenizas las esparzan en el centro comercial, porque ahí ha pasado las horas más felices de su vida. Es una crítica a la realidad contemporánea, que ha relegado al hombre a la categoría de cliente, de consumidor: ¿a dónde hemos llegado? A ello estamos siendo empujados, conducidos, es ésta la alienación humana, que permite una democracia donde el poder lo tiene el mercado, donde la economía somete todo.

Aquí se ve a un Saramago que no ha perdido las raíces, que reclama la capacidad para que la vida de la persona se niegue a ser relegada a la fuerza del mercado, aquí es donde el escritor toca las realidades actuales más problemáticas. Así plantea que ese mundo actual del consumismo, del anonimato, de la deshumanización que genera y posibilita los dominios financieros de los grandes capitales, el gobierno de pocos ricos, plutocracia, es el problema central de nuestro tiempo; se dice que estamos bajo un régimen democrático, pero no son democracias. El ciudadano no puede llegar al verdadero centro de poder, este problema es lo más preocupante a finales del siglo XX y comienzo del XXI. En medio de este gran desafío social, reconoce que la conquista de la conciencia, es una tarea de cada hombre, Saramago la experimentó, en su relato de la Isla desconocida, en el diálogo con el capitán del puerto cuando va el hombre al que el rey le ha dado un barco por su regalo, se enfrenta a una pregunta central: ¿sabes navegar? y el aventurero responde que aprenderá en el mar (Saramago, 2010, p. 31).

Es aquí cuando se encuentra un mensaje central para esta humanidad. Allí ante el hombre del mar, el encargado del puerto, está el hombre que ha recibido un barco como regalo, es cada hombre que ha recibido la vida. Ante este hombre que se dice el conocedor del mar y del que depende el puerto, se presenta el aventurero como el que ofrece algo más a todos los que piensan que lo conocen todo, que todo está descubierto; le plantea la necesidad de la presencia de cada uno en su propia isla, así le comenta: "...hombre de tierra soy yo, y no ignoro que todas las islas, incluso las conocidas, son desconocidas mientras no desembarcamos en ellas" (Saramago, 2010, p. 34). Es este un llamado al reconocimiento, a la conquista de humanidad, a la salvaguarda de libertad, de hombres y mujeres.

En el mismo relato, cuando el aventurero que ha recibido un barco para ir en busca de la isla desconocida, después de haber pasado la jornada buscando



compañeros para su proyecto, regresa cabizbajo, con alimentos para dos en la mano. La mujer sale a su encuentro, le pregunta por los marineros, a lo que responde el buscador de la isla desconocida, que ninguno había querido venir.

Es este un diálogo en torno a la cotidianeidad de la vida y la realización de los sueños; están presentes los que entran en él y los que lo impiden. Allí Saramago se presenta como el gran indagador, el soñador de sentido, y la mujer de la limpieza del palacio del Rey, ahora libre, es la que le posibilita la limpieza de su ser, de su casa, él le cuenta de sus sueños, ella le dice de sus prioridades, así: ...quiero encontrar la isla desconocida, quiero saber quién soy yo cuando esté en ella; no lo sabes, Si no sales de ti, no llegas a saber quién eres... Se ve que para la misión de la conquista de sí mismo para la realización de los sueños, o para el cotidiano vivir, en la vida de Saramago, la mujer es fundamental. Así se ve en esta aventura y en *Ensayo sobre la ceguera*.

El autor no se ve avanzar si no es con su mujer, aun cuando está cansado, cuando no quiere escribir más o asistir a los eventos públicos para firmar libros, Pilar le recuerda que es por la gente. La presencia de la mujer en esta conquista de la vida de Saramago se lee al final del cuento, cuando después de una larga cena, donde no quedó ni una gota de vino, donde se develaron las intenciones de la vida, sumergidos en el sueño del amor, se despierta él en los brazos de la mujer, y ella, como tesoro en las manos de su descubridor, comparten la misión, con la claridad del nuevo día en sus ojos, pero sobre todo con la claridad en su intención, cuando dice: “Apenas el sol acabó de nacer, el hombre y la mujer fueron a pintar en la proa del barco, de un lado y de otro, en blancas letras, el nombre que todavía le faltaba a la carabela. La Isla desconocida se hizo por fin a la mar, a la búsqueda de sí misma” (Saramago, 2010, p. 73).

El compromiso político, la vida política es central en la obra de Saramago, de ahí que es resaltando que el Nobel del 1998 en su relato de la Silla, al comentar la caída de la dictadura salazarista muestra cómo el hombre no puede renunciar en la búsqueda de lo que le es propio: su libertad, la conciencia; no se puede ser hombre en la opresión, y el escritor ha encontrado su sentido cuando escribe para contribuir a la conquista de su libertad, es una visión sobrenatural cuando todo lo que sucede, se deja de vivir bajo un régimen dictatorial, se recupera la alegría de vivir.

La conquista de conciencia, libertad, alegría de vivir es un proceso que conducirá al fin de todo sometimiento y dominación, así lo describe en La



silla: “Cayendo así la silla, sin duda cae, pero el tiempo de caer es todo el que queramos...aprendamos este gozo con Santa Teresa de Ávila y el diccionario, que este gozo es aquella sobrenatural alegría, que en el alma de los justos produce la gracia” (Saramago, 1998, p. 21). Saramago (1998) se ubica como un testigo privilegiado del hecho extraordinario de la caída del régimen y lo califica como “un gran ejercicio gimnástico, mucho más espectacular éste, sin público, que los realizados en los estadios construidos por el dictador” (p. 30).

Con el relato de la caída del dictador, a la vez que se alegra por el fin de la dictadura, entabla la denuncia a la cultura de la sociedad de masas, que se dejan arrastrar por las obras de los dictadores, pero no son testigos de los hechos que verdaderamente dan libertad, solo unos cuantos logran ser testigos del fin de estos acontecimientos y personajes que hacen tanto mal a la humanidad, así lo muestra en su relato de la caída de la silla, cargada de un lenguaje simbólico de lo diabólico, enmarcado en un cuadro de oscuridad que se va iluminando:

(...) Se parte la pata de la silla, crujió primero, después la desgarró la acción del peso desequilibrado y, de repente, la luz del día entró deslumbrante... La silla cae hacia atrás, es un espectáculo, un hecho de felicidad...ha esparcido un polvo amarillo, aglomerado, no mucho en verdad, pero suficiente para complacernos con todo esto...mientras la silla del demonio se parte y cae para atrás, arrastrando consigo a Satanás, Asmodeo y su legión. (Saramago, 1998, pp. 28-30)

Se reconoce Saramago como quien ha buscado la libertad de pensamiento y expresión, la libertad de conciencia; ha encontrado su condición de hombre y escribe para que los demás lo alcancen, es un mensaje esperanzador y perseverante: “Podemos incluso, nosotros que asistimos, acercarnos a una ventana y mirar fuera, descansadamente, y desde aquí tener una gran visión de ciudades y aldeas, de ríos y planicies, de sierras y sembradíos, y decirle al diablo tentador que precisamente es éste el mundo que queremos, pues no es malo que alguien desee lo que es suyo propio” (Saramago, 1998, p. 32). Y luego invita a la paciencia en el camino que la conquista que continúa, pues hay que esperar que la vista se habitúe a la nueva luz que ha llegado a la habitación, en su caso Portugal. Saramago, en medio de esta postmodernidad, pone ante su público un argumento que resalta la integridad, la unicidad del hombre como proyecto, dueño de sí, como se siente él en medio de un mundo que todo lo compra: ¿Para qué sirve el cerebro... solo una cascara muy fina de sustancia nerviosa,



llamada corteza, con cerca de tres milímetros de espesor, y que cubre la parte anterior del cerebro, constituye el órgano de la conciencia?

Se trata sí de una crítica, resaltando que se ha dado una subvaloración, una enajenación de la condición del ser humano, lo que da lugar a plantear la perturbadora semejanza que hay entre lo que se llama un microcosmos y el macrocosmos, entre los tres milímetros de corteza que nos permiten pensar y los pocos kilómetros de atmosfera que nos permiten respirar.

El escritor de Azinhaga ve la sociedad desde la persona, lo que es una crítica a la centralidad que han tomado las instituciones y la acumulación de capitales económicos –en partidos, gobiernos, familias, asociaciones, empresas, o cualquier otro grupo– frente a la dignidad de cada ser humano. Con la crítica Saramago aporta a la reflexión que centraliza el ser humano, como la hace la obra *Como piensan y actúan las instituciones*, en la que desde el inicio se trata de ver las instituciones desde la persona, pues “las instituciones no pueden ser ni comprendidas, ni vistas prescindiendo, del entender la persona humana como persona política, lo que es, esencialmente como relacional” (D’ambrosio, 2011, p. 11); a partir de la cual se integra y se resalta la estructura cuadrilátera del ser humano en su relación consigo, con lo Otro, con los otros, con la naturaleza, y se tiene presente la triple dimensión física, emotiva y cognitiva de cada uno.

Con ello se ve al hombre en su integralidad como microcosmos, Saramago reconoce muy bien, inclusive cuando plantea que hay que ser y tener un alto grado de religiosidad para ser ateo. A partir de esta visión integral del hombre retoma la argumentación del macro-anthropos, que desde Platón en la *República* se trata de ver la Sociedad como un gran cuerpo, enfatizando la grandeza del hombre, su complejidad, realidad que fundamenta las demás. Por esto se resalta aquí la relación entre la visión orteguiana del hombre en la circunstancialidad de la vida, a Julián Marías como la realidad radical en la que se radican las otras, y el tratamiento que Saramago tiene del hombre como proyecto de realidad que se está haciendo constantemente y que transforma las demás realidades.

Este elemento del hombre como proyecto se ve en su propia persona y se extiende a las demás, de allí que en la película *Pilar y José*, donde después de Saramago contar sus pesadillas y recuperarse de la enfermedad, contempla en



el horizonte las hélices girando, el giro del mundo, la energía, la vida, reconociendo que él tiene ideas para las novelas, y Pilar para la vida; así plantea su objetivo de vida: “Vivo desasosegado y escribo para desasosegar. Existencia y agitación, actividad, movimientos, morir, dejar vivir. No llegar a concluirse.” (Gonçalves, 2011)

Conclusiones

*“Hasta ahora los vivos
hemos cerrado los ojos de los muertos,
pero llegará un día en el que los muertos
deberán abrir los ojos de los vivos” Film Cosecha de Odios.*

La consideración de la realidad de sufrimiento y de las víctimas, en la gestión del conflicto, consolida la democracia. En el contexto democrático se requieren nuevas apuestas éticas, en especial, en las sociedades que están en procesos de transición, como es el caso colombiano para llegar a convertirse en un posible caso exitoso.

El discurso filosófico, político y de análisis de la realidad social permitió acercarse a las víctimas y su quehacer. La sensibilidad por aquellos más desprotegidos fue creciendo a medida que se iba dando el encuentro con realidades poco conocidas.

A veces olvidamos que quizá el contacto así sea mínimo con un vencido puede ser motivo de visibilidad y llamada de atención para que sea precisamente el Estado con toda su estructura democrática quien no olvide a aquellos que víctimas de la violencia, de la inequidad, de una política basada en la conquista y perpetuidad del poder descuidan a quienes son su esencia como mandato: el pueblo.

Si bien esta investigación se basó en hechos del quehacer político no es un discurso de estrategia política partidista, sino que aporta a la configuración de estado con principios filosóficos que han sido descuidados. De ahí que sea imperativo un llamado para la creación de un discurso que complemente el acontecer democrático desde la mirada de las víctimas, no quedándose solo en la promulgación de leyes sino retomando sus fundamentos primigenios.



Los Estados democráticos se enfrentan continuamente a desafíos éticos y políticos que no se asumen, incluso en periodos donde no experimentan conflictos internos de gran escala. La filosofía política es imperativa a la hora de buscar superar las situaciones de sufrimiento.

El análisis del sufrimiento humano, de la realidad de las víctimas permite fundamentar, que cuando se trata desde el Estado y la consolidación democrática, se debe superar en la gestión gubernamental el enfoque individualista o privado, es menester asumir la categoría *politikoí*.

Para superar el sufrimiento y la situación de las víctimas se requiere superar la visión de que las leyes son la única solución. Esta visión es una práctica propia del Estado procedimental representativo. La muestra de ello es que se sigue matando y victimizando, incluso a personas protegidas.

El Estado no alcanza a dar la restauración, no logra garantizarla, no puede por sí solo sanar el dolor, por tanto, se requiere del conjunto de la sociedad que aporte a una cultura de posconflicto, de restauración y reparación, de ahí que éste estudio, implementa la cultura ciudadana, impulsa el compromiso sociopolítico, los valores de la solidaridad y la reconciliación social.

En el contexto del Estado democrático se requiere de nuevos enfoques filosóficos; no se puede reducir la sociedad a un conjunto de normas sociales deshumanizadas, no se puede reducir la vida de la *polis* al ejercicio del poder institucionalizado e individualizador.

Enmarcar la gestión del conflicto con una reparación solo simbólica, definida por el monto de un dinero que se da a la víctima, es una medida que desconoce la dignidad humana. hay realidades no negociables, como la verdad, la reparación, la memoria histórica razonada, y la necesidad de contar desde la realidad de las víctimas la historia.

Se requiere superar el nivel de insatisfacción de las víctimas en la atención institucional gubernamental, esta insatisfacción es obstáculo para la transformación democrática.

Quedan abiertas líneas de trabajo en el área de la filosofía y la política para futuros estudios en los temas de la Ética pública; el elemento ético en las Cons-



tuciones democráticas; la presencia de víctimas en las organizaciones gubernamentales; la capacidad instalada en las organizaciones de víctimas para el análisis de realidad y la ética en la gestión del conflicto.

Referencias

- Ahumada, M. (2011). Del ser-para-la-muerte al ser-para-el-inicio: Martin Heidegger y Hannah Arendt. *Factótum* 8 (12). Disponible en: http://www.revistafactotum.com/revista/f_8/articulos/Factotum_8_2_Miguel_Ahumada.pdf
- Andrade, G. (2010). Reseña bibliográfica de Ehrman Bart ¿Dónde está Dios? El problema del sufrimiento humano. *Revista de Filosofía - Universidad del Zulia*, 64, 1.
- Arendt, H. (1998). *La condición humana*. Trad. Ramón Gil Novales. Barcelona. España: Paidós Ibérica.
- Caballero, J. L (2006). Muerte y supervivencia en Julián Marías, *Communio*, 1.
- De Unamuno, M. C. (1991). Miguel de Unamuno y la cultura francesa. Salamanca: Universidad de Salamanca, 74-75.
- D'ambrosio, R. (Reproductor). (2011). Come pensano e agiscono le istituzioni. Bologna: dehoniano, 11. <https://www.dehoniane.it/9788810140611-come-pensano-e-agiscono-le-istituzioni>
- Diéguez, M. (2013). Ortega y Gasset. La Razón Vital y la Realidad Radical. Palibrio: Versión Kindle, 56.
- Domingo, A. (2006). "Julián Marías: filósofo, católico y liberal". *Cuenta y razón*, (141), 43-46. http://www.cuentayrazon.org/revista/pdf/141/Num141_009.pdf
- Esclasans, A. (1947). Miguel de Unamuno, Buenos Aires: Juventud.
- Evans, J. E. (2008). La metáfora de la lлага en Sorën kierkegaard y Miguel de Unamuno: La importancia del sufrimiento en la existencia auténtica. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca Cuad. Cát. M. de Unamuno, 46, 2. https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/100364/1/La_metafora_de_la_llaga_en_S%C3%B8ren_Kierkeg.pdf
- Foucault, M. (1990). *Tecnologías del yo. Omnes et singulatim: hacia una crítica de la razón política*. Barcelona: Paidós. https://monoskop.org/images/7/70/Foucault_Michel_Tecnolog%C3%ADas_del_yo_y_otros_textos_afines_1990_2008.pdf



- Foucault, M. (2007). Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones. Trad. Miguel Monrey. Madrid: Alianza.
- Foucault, M. (2009). El gobierno de sí y de los otros. Curso en el College de France: 1982-1983. Trad. Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 295.
https://monoskop.org/images/7/78/Foucault_Michel_El_gobierno_de_si_y_de_los_otros.pdf
- Fuentes, M. (2006). El espejo de obsidiana. Estudios de literatura hispanoamericana y española. Lleida: Universitat de Lleida.
- Gonçalves, M. (Realizador). (2010). “Documental Pilar y José (2010)”, estrenado el 28 de enero de 2011 en España. Consultado junio 2015.
- Manzano, J. (2009). sj, La danza de los ocho: El sufrimiento en Sócrates, Agustín, Pascal, Leibniz, Spinoza, Schopenhauer, Kierkegaard, Nietzsche, Xipe Totek: Revista trimestral del Departamento Filosofía y Humanidades ITESO, 18 (71), 239, 242.
- Marías, J. (1955). La Estructura social. Teoría y método. Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones.
<file:///C:/Users/HP/Downloads/la-estructura-social-teoria-y-metodo.pdf>
- Marías, J. (1996). Persona. Madrid: Alianza, 14,17,21,23,24.
- Martín, M.P. (2006). El magisterio vital de Julián Marías. Cuenta y razón 141, 63-68.
- Martínez, F.J. (2007). Autoconstrucción y libertad: Ontología y política en Espinosa. Eikasia. Revista de Filosofía, (5), 23-169. <http://revistadefilosofia.com/30-02.pdf>
- Ortega y Gasset, J. (1940). El intelectual y el Otro. Tomo V., 630. La Nación.
- Ortega y Gasset, J. (1941). Obras Completas Tomo VI. Apuntes sobre el pensamiento.
- Ortega y Gasset, J. (1993). Obras completas Tomo IX. El hombre y la gente. Conferencia en Rotterdam, 206.
- Ortega y Gasset (2009). Obras completas, Tomo IX. Principios metafísicos según la Razón Vital. Madrid: Taurus, 194.
- Ortega y Gasset, (2010). Obras Completas Tomo VI. Apuntes sobre el pensamiento. Su Teurgia y su Demiurgia, Madrid: Taurus.
- Ortega y Gasset, J. (2012). Obras completas Tomo I. Ensayo de Estética a manera de prólogo. Madrid: Taurus, 667-668.
- París, C. (1989). Unamuno, estructura de su mundo intelectual. Anthropos, 177.



- Patiño, L.G. (2007). *Del Populismo al Neopopulismo en América Latina*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Robles, G. (2008). Julián Marías: una vida en la verdad. Por Helio Carpintero. *Cuenta y razón* 3, 103. <http://cuentayrazon.com/wp-content/uploads/2016/05/revista3.pdf>
- Rousseau, J.J. (1923). *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Madrid. <https://www.marxists.org/espanol/rousseau/disc.pdf>
- Sánchez I. (1983). Introducción a una estimativa: ¿qué son los valores? Universidad de La Coruña. *Opuscula Filosofica* 11. En: *Obras Completas*, tomo 6. Madrid: Alianza Editorial, 315-335.
- Sánchez, J.A. (2012). La caverna de José Saramago. Una aproximación desde los Estudios culturales. *Escritos*, 20 (44), 176. <http://www.scielo.org.co/pdf/esupb/v20n44/v20n44a09.pdf>
- Saramago, J. (1998). *Casi un Objeto. La Silla*. Traducción Eduardo Naval. Madrid: Alfaguara.
- Saramago, J. (1998). *Ensayo sobre la ceguera*. Traducción de Basilio Losada. Alfaguara, 238.
- Saramago, J. (1998). *Todos los nombres*. Traducción Pilar del Rio. Bogotá: Alfaguara.
- Saramago, J. (2004). *Palabras para un mundo mejor. Este mundo de la injusticia globalizada*. Madrid: Punto de lectura, 57-62.
- Saramago, J. (2006). *Ensayo sobre la ceguera*. Traducción Basilio Losada. Bogotá: Punto de lectura.
- <http://web.seducoahuila.gob.mx/biblioweb/upload/Saramago,%20Jose%20-%20Ensayo%20sobre%20la%20ceguera.pdf>
- Saramago, J. (2010). *El cuento de la Isla desconocida*. Traducción de Pilar del Rio. Bogotá: Punto de lectura.
- Segade, C. (2010). El Filósofo de la reconciliación y la responsabilidad: Julián Marías, 43 (13), 41-46
- Suárez M.J. (2004). *Syllabus sobre Filosofía Política*. Medellín: Universidad Pontificia bolivariana.
- Unamuno, M. (1965). *Obras Selectas. Del sentimiento trágico de la vida. Prólogo de Julián Marías*. Madrid: Plenitud.
- Unamuno, M. (1966). *San Manuel Bueno, mártir. Cómo se hace una novela*. Madrid: Alianza.
- Unamuno, M. (1975). *Agonía del Cristianismo*. Madrid: Espasa-Calpe, Colección Austral. (312).



- Valiño, O. (2013). Entrevista a Saramago. comentario sobre la obra Sin nombres. En <https://www.youtube.com/watch?v=YX9ymlrchqs> publicada 17 de enero de 2013. Minuto 4 en adelante.
- Villar, A. (2007). “Muerte y pervivencia en Unamuno”, *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, XII.
file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-MuerteYPervivenciaEnUnamuno-2543467.pdf



Implementación del procedimiento virtual para el centro de conciliación de la Corporación Universitaria Americana

Implementation of the virtual procedure for the conciliation center of the American University Corporation

Camilo César Molina Cerón. Estudiante de la Corporación Universitaria Americana.
Edwin Alexander Jiménez. Estudiante de la Corporación Universitaria Americana.
Santiago Rendón Ruiz. Estudiante de la Corporación Universitaria Americana.

“Un conflicto es una situación universal que solo puede solucionarse a partir de un cambio social”.
Ralf Dahrendorf.

Resumen

Actualmente el país se enfrenta a un conjunto de dificultades en la rama judicial, uno de ellos es concerniente a la conglomeración contenciosa, lo que provoca un retraso particular en cada proceso y por ende una tardanza en pro de la administración oportuna de justicia cuando las personas requieren soluciones rápidas a sus conflictos jurídicos. Es por ello que se vio la necesidad de promover la solución de conflictos a través de la herramienta de los Mecanismos Alternativos. Partiendo de la aplicabilidad de la autonomía de la voluntad privada

La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación. Corte Constitucional de la República de Colombia (11 diciembre 2013) Sentencia C-934/13 (M.P Nilson pinilla)

Se remitirá especialmente a la conciliación, teniendo en cuenta que este se encuentra presente en la misma condición humana (Fierro, 2010, 13) existido a través de la historia de la humanidad como un método auto-compositivo en la solución de los conflictos, regulada en la ley 640/2001. Sin embargo, nada establece el referido estatuto en cuanto a la implementación del uso de las TICS en la ejecución del procedimiento conciliatorio, bien sea en centros de conciliación públicos, sociales, gratuitos u onerosos.

para que la conciliación cuando se realiza por medio de las tecnologías sea válida y cumpla con el objetivo que se pretende de ella como actividad estrictamente jurisdiccional o como mecanismo para acceder a la justicia, debe ser realizada por personas jurídicamente capaces o por sus representantes, por cuanto de ellas se puede y se debe exigir el cumplimiento de los acuerdos a los que se pueda llegar, adicional, a que el acto conciliatorio exige como requisito de la validez, que las partes estén presentes en el trámite conciliatorio y que el conciliador en derecho sea abogado o funcionario público autorizado por la Ley para conciliar. Estos requisitos se hacen necesarios en el trámite del proceso conciliatorio y tienen que cumplirse en la conciliación virtual para que dicha conciliación sea válida y puedan desprenderse de ella las consecuencias jurídicas propias del acuerdo conciliatorio. (Rev. Lasallista Investig. vol.12 no.2 Caldas July/Dec. 2015)

El siguiente capítulo vislumbrará la trascendencia de la cohesión de estas dos figuras, atendiendo a este vacío jurídico y a la necesidad de la sociedad, planteando la posibilidad de implementar el procedimiento conciliatorio virtual, en este caso en el Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria Americana, donde esta se realice por medios electrónicos, empleando una plataforma en la que se puede manejar un sistema de información conjunto, con el fin de apoyar las actividades realizadas en el centro de conciliación, priorizando unas actividades básicas como entrada, almacenamiento, procesamiento y archivo de información, garantizando el debido proceso constitucional que ahora permite y promueve las notificaciones de forma virtual para facilidad de los usuarios y beneficio de la comunidad complementando de manera directa desde la academia todo lo que abarca la conciliación desde su



naturaleza tal como la define la (Corte Constitucional sala plena (7 de marzo de 1999) Sentencia C-160/99).

La conciliación es una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares. Como caracteres esenciales que informan la conciliación se destacan los siguientes: a) Es un instrumento de autocomposición de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes. b) La conciliación constituye una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal o durante el trámite del proceso, en cuyo caso no se llega al resultado final normal de aquél, que es la sentencia. En este último evento, se constituye en una causal de terminación anormal del proceso. c) La conciliación no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no intervienen para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora. d) La conciliación es un mecanismo útil para la solución de los conflictos. e) La conciliación tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles, en principio, de ser negociados, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico. f) La conciliación es el resultado de una actuación que se encuentra reglada por el legislador.

Palabras Clave: Conciliación, Virtualidad, Procedimiento, Complemento, Avance

Introducción

Colombia fue uno de los primeros países donde se da una considerable acogida a la aplicación de las MASC, se puede decir que inicia a partir del siglo XX sin embargo el acontecimiento más relevante se presenta en 1948 en

el código de procedimiento laboral donde es visto como mecanismo de solución de conflictos individuales; no obstante no tuvo mayor aceptación en su momento, aproximadamente 40 años después se le da un enfoque distinto a la conciliación como una herramienta determinada a la descongestión de los despachos judiciales, su mayor precedente esta constatada en la constitución política colombiana de 1991 en su Art. 116, el cual asegura a los ciudadanos el acceso a la justicia partiendo del principio de la autonomía de la voluntad privada y es por ello que “permite que los individuos arreglen sus diferencias mediante el sometimiento a acuerdos que puedan surgir de un tercero llamado conciliador” (Arboleda, 20xx,p.17).

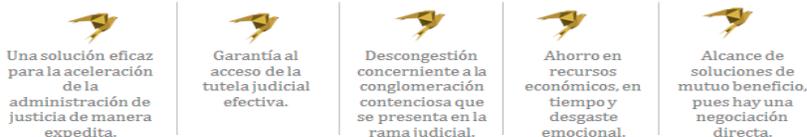
Como se había manifestado anteriormente, este capítulo se enfocara en la conciliación, regulada en la ley 640 del 2001 en la que se determinan los asuntos conciliables en las diferentes especialidades del derecho, las clases de conciliadores, Siendo el conciliador en derecho un partícipe importante del proceso conciliatorio que se encuentra transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, debe estar supeditado a las virtudes éticas de la buena práctica profesional, que llevan inmersa la necesidad de aplicar principios bioéticos que guíen el desarrollo de su actuación en el trámite conciliatorio (Arboleda, 2014, 201). En los centros de conciliación públicos y privados buscando brindar a las partes el litigio, una forma fácil y rápida de solucionarlo sin tener que acudir ante una autoridad judicial, es este acto jurídico e instrumento por medio del cual las partes en disputa, pactan estar en presencia de un tercero calificado, competente e imparcial para dirimir el conflicto y posteriormente conseguir un convenio, este medio alternativo ha generado una mayor celeridad a la solución de los procedimientos, beneficiando tanto a particulares como juzgados aplicando la conciliación extrajudicial. Se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad. (ley 640 del 2001)

El siguiente grafico muestra de manera clara la consideración que tiene este método alternativo de resolución de conflictos



IMPORTANCIA DE LA CONCILIACIÓN

Este acto jurídico e instrumento por medio del cual las partes en disputa, pactan estar en presencia de un tercero calificado, competente e imparcial para dirimir el conflicto y posteriormente conseguir un convenio, ha tenido bastante consideración. El medio alternativo ha brindando mayor celeridad a la solución de los procedimientos beneficiando tanto a los particulares como a los juzgados:



Elaboración propia del autor (2018)

Acogimiento de las TIC'S en Colombia.

Para empezar, debemos dar la definición de esta herramienta, que es considerada como tecnologías de la información y de comunicaciones. Consta de equipos de programas informáticos y medios de comunicación para reunir, almacenar, procesar, transmitir y presentar información en cualquier formato es decir voz, datos, textos e imágenes.

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC o bien NTIC para nuevas tecnologías de la información y de la comunicación) agrupan los elementos y las técnicas usadas en el tratamiento y la transmisión de las informaciones, principalmente de informática, Internet y telecomunicaciones, facilitando así, factores como la interactividad, automatización, canales de comunicación inmediata, entre otros.

Colombia ha cobijado este instrumento de manera gradual y hoy en día está acelerando cada vez más rápido en materia del uso de tecnologías de información, pero solo se va a ver reflejada con mayor éxito en el momento en que apliquemos estrategias virtuales que nos lleven a fortalecer esta implementación de las tic y la conciliación desde el centro de conciliación, estrategias como las que plantea Hoyos (2015, 13) donde propone unos pasos y actitudes que debe tener en cuenta el conciliador, y que se enunciaran para esta propuesta académica sobre la implementación de la conciliación virtual:



- Realizar un buen contacto: este consiste fundamentalmente en el encuentro empático con las partes, la atención que se les brinde, el despertar en ellas la sensación de apertura para entender el conflicto, y el ámbito de cercanía, familiaridad y compromiso creado. Ello requiere un despliegue de cordialidad, y seguridad para inspirar confianza, facilitar un clima propicio y un ambiente de interacción.
- Saber escuchar: consiste en atender en forma imparcial el llamado de las partes comprometidas, desplegar un comportamiento igualitario de comunicación verbal y no verbal con cada una de ellas, infundir la confianza suficiente, saber recibir los distintos tipos de comunicación, oír las razones que presentan, ser buen observador y mantener una escucha activa.
- Intercambiar: para ello debe tener la suficiente experiencia en el manejo de las relaciones interpersonales, conocimiento no solo de la personalidad de las partes sino del entorno social, económico y cultural; debe, asimismo, saber jerarquizar prioridades, tener paciencia, tolerancia a la frustración y un buen manejo de la ansiedad.
- Conocer el conflicto: estar debidamente enterado de la situación de controversia e identificar el centro del conflicto, el querer de cada parte y las posiciones asumidas por ellas, así como las razones que motivaron el problema.
- Ser orientador y facilitador y no juez de las partes: es decir, indicar las distintas vías o caminos que se pueden utilizar en la aclaración del conflicto, lo que implica una actitud facilitadora que permita encontrar salidas, mostrándose prudente y amistoso, pero firme y concreto en el problema.
- Hacer énfasis en las personas: implica tener en cuenta que los conciliantes son seres humanos con sentimientos, valores emociones y puntos de vista diferentes.
- Propender por una “hermenéutica del discurso”: quiere ello decir que en la ventilación del conflicto o problema generador de desacuerdo, el conciliador debe propiciar la lectura interpretativa de las posiciones externas, trabajo que exige un recorrido de interpretación y comprensión a partir de sucesivas argumentaciones sobre el fenómeno en cuestión, que a su vez alientan otras en pro de una construcción de nuevas realidades y acercar a las partes en la unidad dialéctica conciliador conciliantes, con la posibilidad de lograr la captación de un nuevo sentido del conflicto y del “otro” a partir de la asociación de significados.



Lo que aquí interesa no es resolver el conflicto mediante su lectura, sino la circularidad hermenéutica a partir de una actitud abierta y receptiva que implica una “síntesis superadora” en el sentido dialéctico, para ir accediendo a la comprensión del todo a partir de nuevas lecturas-discursos en la dimensión de la alteridad. Solo así podrá captarse un nuevo decir y un nuevo sentir.

- Generar alternativas: consiste en crear distintas posibilidades de interpretación para que cada lectura del conflicto sea en verdad una dinámica de expansión que permita, a la par de la lectura hermenéutica, el encuentro con el otro como “un legítimo otro en la convivencia” y elimine de la relación las actitudes dogmáticas.
- Trabajar ventajas y renunciaciones mutuas: los beneficios y las renunciaciones deben ser para todas las partes. Ello es posible dado el carácter del enfoque bioético-hermenéutico, donde solo existen intérpretes y lectores de nuevas realidades que competen a todos los comprometidos en la conciliación.

Los países de Latinoamérica, sobre todo Colombia, han sido capaces de dar nuevos pasos en la implantación de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Según el más reciente estudio realizado por Everis, una consultora multinacional, y el IESE Business School de la Universidad de Navarra (España), al tercer trimestre de 2011, los países emergentes habían avanzado considerablemente en el uso de las tecnologías de las TIC. El estudio incluye el Indicador de la Sociedad de la Información (ISI), el cual demuestra que Colombia está en ese grupo de los que más avanza, manteniendo un crecimiento moderado con respecto al resto de países de Latinoamérica. El ISI de Colombia se encuentra en un 4,2 por ciento al igual que Chile, quitándole la quinta posición a Brasil.

Diego Molano, ministro de las TIC, dice que “esto demuestra que Colombia está acelerando cada vez más en materia del uso de tecnologías de información y continuará haciéndolo este año”.

Descripción del centro de conciliación de la corporación universitaria americana

Origen

En pro del conflicto se puede analizar desde varias perspectivas para las necesidades que presenta la ciudad de Medellín desde una exigencia jurídico-social y de fortalecimiento académico se crea el Consultorio jurídico en la corporación universitaria americana en el mes de octubre del 2013, mediante Acuerdo Nro. 014 de octubre 1 de 2013, luego de cumplir con todas las exigencias y normas estipuladas se autoriza mediante Resolución 0472 del 26 de junio de 2015, expedida por del Ministerio de Justicia y del Derecho, la creación del centro de conciliación de la Corporación Universitaria Americana, ubicado en la comuna de Buenos Aires en la Calle 52 número 43-62, donde se pretende generar mayor celeridad a la solución de las necesidades que presentan aquellas personas que acuden al consultorio, mediante la actuación de los estudiantes del último curso del programa de derecho que cumplen con los requisitos para asesorar y llevar los procesos permitidos por la norma desde la figura de abogado de pobres, aplicando el uso de los mecanismos alternativos de solución de conflicto como fuente pacífica en los procesos conciliatorios, con el fin de generar un impacto jurídico social y obtener un reconocimiento desde la zona donde actualmente se encuentra ubicada. Desde el surgimiento de este centro de conciliación se han venido presentando unas actualizaciones en la aplicabilidad normativa como en los formatos internos para el diligenciamiento e individualización del usuario, y es allí donde debemos tomar una debida actuación para contribuir con el desarrollo de aquella población de escasos recursos económicos que acuden, o ven el centro de conciliación como una alternativa de solución a sus conflictos en materia civil , familia laboral, penal entre otras situaciones en las que se pueda dar una asesoría u orientación con respecto del trámite a seguir. El día 2 de noviembre de 2018 recibió el Sello de Calidad ICONTEC 5906/2012 por tres años, toda vez que se cumplió con los estándares requeridos.

Procedimiento conciliatorio

Cuenta con su respectivo tramite por medio del cual se Establece el paso a paso del procedimiento conciliatorio del Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria Americana, de acuerdo a lo regulado por de la Ley 640 de 2001 y los lineamientos institucionales del Ministerio de Justicia y del Derecho, promoviendo en el estudiante una formación integral para el ejercicio



de la abogacía y brindar un excelente servicio desde la atención y la orientación en los usuarios del Centro de Conciliación, donde son conciliadores los estudiantes matriculados en las asignaturas de Consultorio Jurídico II, III y IV, quienes actúan bajo el acompañamiento de los docentes asesores de área y del Director del Centro de Conciliación y con un apoyo interdisciplinario brindado por un practicante de las Ciencias Sociales.

Propuesta

Una vez dada la claridad del panorama, se explicará la propuesta que este grupo de investigadores quiere hacer para la implementación de la virtualidad a este procedimiento.

La pregunta que puede surgir es ¿porque compaginar las TIC`S con el derecho?

Hay autores que resaltan que:

En la actualidad las TIC son un instrumento de apoyo de la Rama Judicial, gracias a la utilización del sistema de gestión de la Rama, el cual se encuentra implementado en las principales ciudades del país y que permite que las partes puedan hacer el seguimiento de las diferentes etapas procesales, lo cual facilita la vigilancia de los procesos y el cumplimiento de los términos judiciales, sin embargo sus capacidades, alcance y escalabilidad han demostrado ser limitadas. Lógicamente la implementación de nuevos sistemas debe ser progresiva y altamente escalable, debido fundamentalmente a que se trata de un servicio sumamente complejo, de alta demanda de tráfico y acceso simultáneo, así que debe hacerse paso a paso, con el fin de poder establecer un sistema de mejoramiento continuo que permita ir adicionando nuevos servicios y funcionalidades. (Londoño, 2010, p.p. 131-132)

Frente a las dificultades y la poca celeridad de los procesos judiciales se hace necesario una contribución por parte de las diferentes instituciones, organismos y universidades, generando un incentivo y una conciencia jurídi-

co-social. Activar el aparato judicial debe ser la última opción, acudir a las MASC, la primera, promoviendo esto desde la creación de un sistema que permita la materialización real y efectiva del acceso a la justicia.

Es por esto que se hace necesario elaborar desde el centro de conciliación de la Corporación Universitaria Americana una plataforma virtual, la cual genere un beneficio, tanto para quien la maneje, estudiante o funcionario de la universidad, como para el usuario que acude en búsqueda de una solución jurídica. Al igual darle una aplicación de almacenamiento de la información, documentación, formatos, desarrollo del proceso, y actas o constancias. Debido a la localización de la universidad en la sede Medellín y al reconocimiento que ha venido generando por su actuar diligente, puntual y con el enfoque de la solución del conflicto desde lo humano, pero sin dejar de proceder en equidad, se ha evidenciado el incremento de personas en busca de asesorías, consultas, es allí donde se ha reflejado que la tramitología y almacenamiento de formatos físicos, ya no son convenientes, pues son más tardíos además de ser complicados, teniendo en cuenta que todo va guardado en carpetas y archivos, exponiéndose a traspapelo, pérdida, deterioro de los mismos. Es ineludible no tratar sobre el inconveniente que existe sobre la distancia entre las partes involucradas en un proceso al momento de conciliar, en consecuencia, como solución, se debe acercar a los intervinientes en un problema cuando su ubicación esta por fuera del área metropolitana o uno de los concurrentes tiene algún tipo limitación físicas que impida su movilidad.

Por lo tanto, las condiciones por la que se pretende implementar este proyecto son por una serie de necesidades como lo es el manejo que se le da actualmente a Las TIC que respaldan la oralidad en Colombia ya que no son seguras. El uso de Los DVDs o CDs los cuales pueden extraviarse o adulterarse Un registro más seguro debería preservarse en medios como: (una “nube segura” o una plataforma solo para darle aplicabilidad para el beneficio de funcionarios estudiante y usuarios de los centros de conciliación) debidamente protegidos mediante claves de acceso y sellos de tiempo que registren confiablemente cualquier acceso a la información o intento por modificarla. (La justicia colombiana y las TIC. La modernización es inminente. 2018)

Actualmente se cuenta con un sistema de información de los procesos el cual funciona sobre una infraestructura de red privada, que únicamente permite a los usuarios externos la visualización de regis-



tros de las actuaciones ordenadas por fecha y tan sólo una referencia. Dependiendo del despacho judicial que se trate, los datos que aparecerán en el sistema serán más o menos detallados, por lo que muchas veces no se conoce el contenido, la fecha de citación a audiencias o los detalles en general de la actuación, por lo que es necesario comprobar directamente en las oficinas del juzgado o tribunal respectivo los actos emitidos en esas actuaciones. Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. Vol. 40, No. 112 / p. 132 Medellín - Colombia. Enero-junio de 2010, ISSN 0120-3886

Al momento de solucionar un conflicto o requerir algún tipo de información o aclaración con respecto a un tema jurídico y se imposibilite por factores de movilidad física reducida por algún tipo de incapacidad/discapacidad o en el caso hipotético que las partes o uno de ellos se encuentre lejana del centro de conciliación, beneficiando así, En primer lugar, la comunicación indirecta de los interlocutores. Por otra parte, ahorra costos, tanto onerosos como en tiempo. Adriana Arboleda (2015) afirma:

La evolución tecnológica aporta una mejor calidad de vida al hombre; en el ejercicio del derecho presenta ventaja de inmediatez en las consultas y notificaciones que se hace por los canales electrónicos y que evitan desplazamientos, pérdida de tiempo y desgaste económico. (pag3)

Este compuesto de instrumentos y herramientas relacionadas con la transmisión, procesamiento y almacenamiento digitalizado de la información, ha detentado una transcendencia imprescindible en la actualidad, el uso de las TIC'S puede plenamente representar evolución y desarrollo. Otras profesiones y carreras han implementado este medio, teniendo avances considerables, el derecho no puede ser la excepción, el abogado actual ha de conocer nuevas variantes para la solución de todo tipo de conflicto en diferentes ramas del derecho, pues presenta una ventaja de inmediatez.

Los abogados son, en general, muy reacios al avance tecnológico. No es algo reciente, se ha dado siempre. Los abogados casi siempre llegan tarde a los desarrollos de otras ramas del conocimiento. Esa reticencia o falta de espíritu abierto a la innovación es algo que afecta

profundamente al derecho, para cuya actualización a veces hay que esperar demasiados años. El mundo cambia y los abogados parecen resistirse a verlo, o tomar medidas para seguirle el paso a la fluctuante realidad” (Carbonell, 2011). A este respecto, Pérez-Luño nos dice que: “La coyuntura presente reclama de juristas, filósofos y teóricos del derecho una conciencia tecnológica, es decir, una actitud reflexiva, crítica y responsable ante los nuevos problemas que en las diversas esferas del acontecer social suscita la tecnología y ante los que ni el derecho, ni quienes lo aplican o lo estudian pueden permanecer insensibles.

En la actualidad, existe más apertura por parte de los estudiantes de derecho hacia este tipo de herramientas tecnológicas, ya que dentro de los planes de estudio se incorporan asignaturas como Fundamentos de informática, Informática jurídica, Taller de informática aplicada al derecho, etcétera. Quizá el mayor desafío sea para aquellas generaciones de abogados que no conciben sus despachos sin la tradicional máquina de escribir (hoy resulta mucho más difícil encontrarlas) y que no están en posibilidades de usar programas para el procesamiento de información. Carbonell, Miguel, cartas a un estudiante de derecho, México, 2011. Pérez-luño, Antonio, ensayo de informática jurídica, México, b.e.f.d.p., 2001.

El tradicionalismo jurídico-procesal, en ciertas ocasiones genera un inconveniente para la implementación gradual de esta herramienta, por ende, se busca refrescar mediante una evolución tecnológica y bajo unos parámetros de telecomunicación desde el fortalecimiento del uso efectivo de las MASC, directamente desde la conciliación, como un marco estratégico generador de un mejor servicio a los usuarios, un mejor manejo de los recursos y una productividad y reducción de costos.

Es pertinente buscar una solución eficaz para la aceleración de la administración de justicia por medio de la Conciliación como uno de los más expeditos MASC, siendo evidente su necesidad de complementar estos mecanismos con las tecnologías de la información y comunicación, teniendo en cuenta las necesidades que actualmente se viven, como lo son, la congestión judicial, la distancia que puede haber entre el domicilio de las partes y en al-



gunos casos los problemas de movilidad reducida que puede presentar alguno o ambos intervinientes en el litigio, para ello el Consultorio Jurídico de la Corporación Universitaria Americana en pro de solucionar estas dificultades debe contar con una plataforma en materia de conciliación, para el momento en que el usuario que llegue a la institución en busca de una asesoría, consulta o solución jurídica, pueda tener como alternativa la aplicación de este medio tecnológico, encontrando una salida satisfactoria sobre controversia en disputa o a la inquietud en cuestión.

¿Cuál es la relación de las Tic's y el Derecho?

Para los estudiantes: Las Tic's

* Permite obtener información de una manera más fácil rápida y sencilla obteniendo información a través de Internet.

* Se da un ahorro económico, ya que se evita el comprar libros y el almacenamiento de estos mismo.

Para los profesionales: Las Tic's

* Influyen en los métodos que utilizan los bufetes para darse a conocer a los clientes. Creando su propia página web, publicitándose en redes sociales.

* Permiten interactuar, compartiendo puntos de vista y opiniones.

* Da posibilidad de poder compartir conocimiento a través de información seria y útil.

Por tanto, se requiere establecer para el Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria Americana, un procedimiento que abarque los elementos necesarios para una debida atención del usuario, asesorías y la tele presencia como una solución de vídeo online que permite que varios interlocutores se comuniquen, a pesar de que estén en puntos geográficos diferentes, además de una mayor protección y cuidado al almacenamiento y conservación de los archivos.

Por último, y de manera directa la protección al medio ambiente, como manifiesta nuevamente Adriana Arboleda (2015):

Es deber del estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, y fomentar la educación para el logro de estos fines. Por esto, ha

creado diferentes políticas que promueven la cultura para cuidar el medio ambiente mediante el mínimo consumo de papel. (pag3)

Relevancia

Se considera importante la investigación dado su grado de novedad, al impacto social positivo para la comunidad en la que se le facilitaría el acercamiento entre las partes del conflicto para dar una solución pronta a sus desavenencias mediante la concertación legal a través de la conciliación., Se trata de una investigación teórica y práctica, con una metodología exploratoria, donde se analizará el procedimiento conciliatorio actual del Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria Americana para proponerlo luego del análisis de beneficios institucionales y para la sociedad.

Conclusiones

Se puede entender del capítulo expuesto que el objeto de este proyecto es buscar una transformación real, oportuna y eficaz en el trámite conciliatorio de la CUA con la aplicación de las TIC'S en los MASC, es de aclarar que no se busca suprimir este último, si no crear un procedimiento complementario que se adecue a las necesidades o inconvenientes que pueden presentar los usuarios.

A su vez, de sensibilizar y motivar a la comunidad del uso consiente de la administración de justicia, donde se tiene como finalidad principal lograr que los tribunales sean la última instancia, en lugar de la primera, por medio de una motivación o alternativa del uso de esta herramienta y como consecuencia de lo expuesto, se genere una conciencia jurídico-social y una solución particular, eficaz y rápida.

Se busca desestigmatizar la fusión del derecho con la tecnología, hay mucho camino por recorrer y de seguro se pueden dar grandes pasos si la relación entre esta disciplina y esta herramienta se afianza.

También se debe concientizar frente al tema de la bioética, la aplicación de esta propuesta beneficiaria de manera directa y positiva el medio ambiente, El derecho es una de las profesiones, lastimosamente, más dañinas en materia



ambiental por el desgaste de papel, almacenar y llevar a cabo todo el procedimiento daría una mano a este asunto.

Referencias

- Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 116 [Titulo II]. Inciso 4. 2da Ed. Legis.
- Congreso de Colombia. (5 de enero de 2001) Normas relativas a la conciliación. [Ley 640 de 2001]. DO: 44.303.
- Corte Constitucional de Colombia. (11 de diciembre de 2013) Sentencia C-934/13 [MP Nilson Pinilla].
- Corte Constitucional de Colombia. (17 de marzo de 1999) Sentencia C-160/99 [MP Antonio Barrera].
- Congreso de Colombia. (13 de junio de 2000) se modifican los artículos 30 y 9 del Decreto 196 de 1971. [Ley 583 de 2000]. DO: 44.042.
- Congreso de Colombia. (21 de agosto de 1999) comercio electrónico [Ley 527 de 1999]. DO: 43.673
- Congreso de Colombia. (18 de octubre de 2012) Protección de datos personales [Ley Estatutaria 1581 de 2012]. DO: 48.587
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Código]. (2011) 3ra ed. Legis
- Presidente de la República. (27 de agosto de 2013) creación de los centros de Conciliación o Arbitraje. [Decreto 1829 de 2013]. DO: 48.895.
- Código General del Proceso. [Código]. (2012) 3ra ed. Legis
- El Ciberactivismo y las TIC. (2015). En TIC confío. Recuperado de <http://www.enticconfio.gov.co/>
- Londoño Sepúlveda, N. (2010). El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea1. Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS, 40(112), 123.
- La Conciliación. Bogotá: Editorial Temis S. A. López, H. F. (1993).
- Arboleda López, A. P. (2015). La conciliación para el abordaje del conflicto familiar en Colombia. Revista Virtual Universidad Católica del Norte, 45, 196-209. Recuperado de <http://revistavirtual.ucn.edu.co/index.php/RevistaUCN/article/view/667/1198>
- Arboleda López, A. P (2015). Conciliación Interdisciplinaria Virtual. 12(2), Revista Lasallista de Investigación, 12(2)
- Arboleda, A. (2014). La conciliación. Una mirada desde la bioética y la virtud

- de la prudencia. *Revista Lasallista de Investigación*. 11 (1).
- Arboleda, A. (2014). *La conciliación como cultura de acuerdos*. Editorial Lasallista: Caldas.
- Ministerio de Justicia de Colombia. ¿Qué son los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC)? Recuperado de <https://www.minjusticia.gov.co>
- Ministerio de Justicia de Colombia. Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos - Recuperado de <https://www.minjusticia.gov.co>
- Gil, Jorge E. (2001). *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. Bogotá: Editorial Temis.
- Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación Internacional. (2012). *Centros de Conciliación y/o Arbitraje: requisitos generales del servicio*. Bogotá: ICONTEC, 2012. (NTC 5906).
- Loretti, D. M. (1996). *La sociedad de la información: una mirada desde las necesidades de la periferia*. Lima: Contratexto.

