

# GESTIÓN



Edición N° 7, diciembre 2009

# PÚBLICA

*Revista de la Procuraduría de la  
Administración de la República de Panamá*



Eduardo Wolle 5

Luis Eduardo Cleghorn 9

Juan Camilo Salas Cardona 18

Karen Palacios 25

Oscar Ceville 33

Salvatore Bacile Ladaris 38

Jaime Orlando Santofimio 42

Dina Ortega Suescún 62



PRESENTACIÓN 1

MEDIACIÓN COMUNITARIA  
Eduardo Wolle 5

GESTIÓN ÉTICA, EFICIENCIA INSTITUCIONAL Y  
CALIDAD DE SERVICIOS PÚBLICOS  
Luis Eduardo Cleghorn Espino 9

ELEMENTOS PARA UNA SUPERACIÓN  
DEL NORMATIVISMO EN LA  
PROMOCIÓN DE LA ÉTICA DE  
LA FUNCIÓN PÚBLICA  
Juan Camilo Salas Cardona 18

MECANISMOS ALTERNOS EN  
LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS:  
EL PROGRAMA DE MEDIACIÓN  
COMUNITARIA EN PANAMÁ.  
Karen Palacios 25

LA CRISIS DEL SISTEMA  
JUDICIAL PANAMEÑO  
M. FOUCAULT Y J. HABERMAS  
COMO REFERENTE  
Oscar Ceville 33

EL NUEVO REGIMEN DE INVALIDEZ,  
VEJEZ Y MUERTE ADMINISTRADO  
POR LA CAJA DE SEGURO SOCIAL.  
Salvatore Bacile Ladaris 38

DERECHO URBANÍSTICO  
Jaime Orlando Santofimio Gamboa 42

LA FORMACIÓN JURÍDICA PARA  
LOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS  
Dina Lisbeth Ortega Suescún 62

INFOJURÍDICA 65

# GESTIÓN PÚBLICA

**OSCAR CEVILLE**

PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

**NELSON ROJAS ÁVILA**

SECRETARIO GENERAL

**ALINA VERGARA de CHÉRIGO**

SUB SECRETARIA GENERAL

**EDITH ESQUIVEL**

DIRECTORA DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS

**RAÚL TABOADA**

DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y CAPACITACIÓN

EDICIÓN DE LA REVISTA GESTIÓN PÚBLICA

**ELKIS MABEL QUINTANA**

JEFA DE INFORMACIÓN Y RELACIONES PÚBLICAS

**JULIO BERMÚDEZ VALDÉS**

EDITOR

FOTOGRAFÍA

**GUIDO BLANDÓN**

**ELKIS MABEL QUINTANA**

DISEÑO E IMPRESIÓN

**INSTAPRINT**

# GESTIÓN PÚBLICA

Los déficits, evidentes y otros no tan evidentes, de la justicia en Panamá se traducen hoy en una búsqueda constante de alternativas. Algunos teóricos pulen el discurso, otros someten con rigurosidad su producción académica a la demanda constante y no pocos tratan de evitar el desborde que supone una estructura agotada por la propia dinámica y las nuevas exigencias del estado-sociedad.

La nueva edición de *Gestión Pública* persiste en el debate y los aportes académicos como mecanismo legítimo para abrir cauces a nuevas alternativas y como en números anteriores, su contenido parte por la definición del problema, su examen riguroso y concluye en propuestas para encararlos.

Toma como punto de partida la propia gestión que la Procuraduría de la Administración ha desplegado en campos tan sensibles como la ética de los servidores públicos en la gestión del Estado o el acento que va adquiriendo la Mediación Comunitaria no sólo como mecanismo para la solución de conflictos, sino como una plataforma desde la cual se incorpora el ciudadano a la solución de los problemas de los que es protagonista.

Todo se traduce en un ejercicio cuyos efectos parecen inevitablemente destinados a un cambio, urgente y necesario, que transcurre sin mucho ruido fortaleciendo e incrementando esa participación ciudadana en el fortalecimiento de la democracia, o persistiendo en las diferencias entre esquemas per sé y la necesidad de adoptar medidas que garanticen, de manera eficaz, una gestión pública donde la ética deje de ser sólo una formulación.

“Desde el decálogo de Moisés, hasta el proyecto codificador europeo del siglo XIX, y desde el código de Hammurabi, pasando por el casuismo medieval, hasta nuestros días, hemos creído y seguimos creyendo que unas normas claras y precisas, ojala respaldadas por una buena sanción, desembocarán en un cabal cumplimiento de los mandatos”, advierte Juan Camilo Salas Córdoba en “Elementos para una superación del normativismo en la promoción de la ética de la función pública”, al tiempo que propone una revisión de la cuestión del normativismo.

“... la existencia de las normas, ni la amenaza de sanciones, como tampoco la vigilancia extrema, por demás costosa y desgastante, han servido eficazmente para mermar los índices de corrupción pública” expresa el conocido catedrático, para subrayar que “... una relectura de la tradición ética, nos muestra que al lado del conocimiento de las normas, perspectiva conocida académicamente como “intelectualismo ético”, hay otros elementos y mecanismos que, históricamente, han servido también para promover valores y cambios de actitud en las personas”, y que él desarrolla a lo largo de este artículo exclusivo para *Gestión Pública*.

Sobre el mismo tema Luis Eduardo Cleghorn, responsable de la Red de Ética de la Procuraduría de la Administración, advierte que “Existen más diagnóstico que los necesarios para concluir que el sector público ha sido incapaz de lograr niveles



razonables de eficiencia, eficacia y calidad en la prestación de los servicios” y bajo el título de La gestión ética como fundamento de la eficiencia institucional y la calidad de los servicios públicos apunta como corazón del problema “la casi nula participación ciudadana en nuestras democracias representativas”.

“La democracia representativa parece estar tocando fondo en la crisis que ella misma ha profundizado y se hace más que obvio, necesario, dar paso a un nuevo diseño de estructura pública que permita ver, al final del túnel, gobiernos responsables y, sobre todo, ciudadanos satisfechos de la seguridad ciudadana y la calidad de los servicios que reciben.”, asegura Cleghorn para rematar con una aseveración lapidaria: “En el fondo existe un problema de confianza”.

La Mediación Comunitaria, otro tema en el que la Procuraduría ha invertido esfuerzos notables en los últimos años, ocupa también la atención de este nuevo número de Gestión Pública.

Tras recordar que en el caso de Norteamérica la Mediación Comunitaria tiene sus orígenes en la histórica batalla que libraron los estadounidenses por los derechos civiles en los años sesenta y setenta, Eduardo Wolle explica que hoy los Centros de Mediación Comunitaria en ese país resuelven casi el 85 por ciento de los conflictos que llegan a sus oficinas.

Lo que hemos aprendido en ese tiempo es que no hay un solo tipo de caso o un solo modelo de centro. La necesidad de la comunidad para un centro de mediación comunitaria se basa en los tipos de casos que son importantes para ella y añade que esa necesidad es lo que forma un centro de mediación comunitaria.

Karen Palacios apunta en esa misma dirección y al analizar Los Mecanismos Alternativos de solución de conflictos como mecanismo pedagógico para incentivar la participación ciudadana en los asuntos públicos: Programa de Mediación Comunitaria en Panamá, indica que “Resolver los conflictos de la colectividad de manera más expedita y pacífica ha sido una de las medidas más destacadas en los procesos de reforma de la administración de justicia en Latinoamérica (...) alternativos a las formas tradicionales de resolverlos, llámense conciliación, mediación, arbitraje, negociación...”

Palacios destaca la activa participación ciudadana en los temas de reforma a la administración ciudadana, entre ellos los informes surgidos de la Comisión del Pacto de Estado por la Justicia.

“Dado que el informe o estudio técnico de la Comisión había revelado que en Panamá no había un sistema expedito y de fácil acceso al ciudadano para resolver sus disputas, ya sea por la distancia de los tribunales o la rigurosidad del trámite para arribar a una solución, se planteó como una de las medidas más urgentes implementar mecanismos como la mediación, no sólo en la esfera judicial sino también en la justicia local”, explica.

Pero es el propio Procurador de la Administración, Oscar Ceville quien profundiza en las razones del agotamiento del modelo de justicia en Panamá.



Titula su tesis “La Crisis del Sistema Judicial Panameño”, y lejos de aseveraciones que la atribuyen a un ordenamiento jurídico atomizado por una expedición inagotable de leyes y reglamentos, y al agotamiento de un sistema que no puede atender adecuadamente el servicio público de administrar justicia, para Ceville se trata de “la ubicación del derecho nacional dentro de los paradigmas del derecho dado, con una clara tendencia hacia una mezcla doctrinal-ideológica entre la corriente iusnaturalista y el positivismo, que ha marcado la manera de concebir, definir y aplicar el Derecho en Panamá”.

“Como sabemos, el Derecho ha evolucionado desde los paradigmas del derecho dado hasta los del Derecho construido o hermenéutico, pasando por los paradigmas críticos del Derecho, donde encontramos a Michel Foucault, junto a Nino, Nietzsche, Marx y Negri, entre otros, concentrados fundamentalmente en criticar los paradigmas del derecho dado (iusnaturalismo, positivismo jurídico, imperativismo, decisionismo y la visión autopiética)” subraya el titular de la Procuraduría.

Para su exposición Ceville apela a dos importantes conferencias de Michel Foucault, tomadas de la obra “La Verdad y las Formas Jurídicas”, y en el que Foucault “critica la sociedad en la que vive, denunciando la vigilancia total y sin interrupción a la que se encuentran sometidos sus ciudadanos, que es una forma de saber apoyada en el examen de la conducta humana sometida a vigilancia, que él denomina panoptismo”, una forma de vigilancia que se ejerce sobre los individuos de manera individual y continua”.

“... esta perspectiva foucaultiana nos ayuda a comprender el diagnóstico crítico hecho sobre la realidad del subsistema judicial panameño, atascado en los paradigmas del derecho dado, que se expresa mediante una combinación de las concepciones del iusnaturalismo y del positivismo jurídico, dentro de un sistema económico y social poco evolucionado”, precisa Ceville.

Gestión Pública aborda también dos temas que podrían retomar espacio en el foro en los meses venideros: EL NUEVO REGIMEN DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE ADMINISTRADO POR LA CAJA DE SEGURO SOCIAL y DERECHO URBANÍSTICO.

En el primero es Salvatore Bacile Ladaris quien indica que, “A manera de resumen, podemos decir que en el mundo de hoy existen básicamente tres sistemas, los sistemas de reparto con su distintas modalidades en un extremo (totalmente solidarios), los sistemas de cuenta individual en el otro extremo (difícilmente solidarios); y los sistemas mixtos en el medio, donde sobreviven dos o más pilares, en la mayoría de los casos, sólo por un periodo determinado de tiempo”

Con independencia de las críticas o bondades que puedan tener estos tres modelos, Bacile Ladaris analiza en esta edición los cambios más importantes del nuevo régimen compuesto que rige en Panamá y en el que coexisten dos subsistemas de beneficios: uno exclusivamente de Beneficio Definido y un Subsistema Mixto, el cual se conforma de un componente de Beneficio Definido, y un componente de Ahorro Personal.

Entre tanto Jaime Orlando Santofimio Gamboa desbroza lo polémico en que ha derivado el Derecho Urbanístico, a la luz de la fluidez y los cambios que registra el sector.



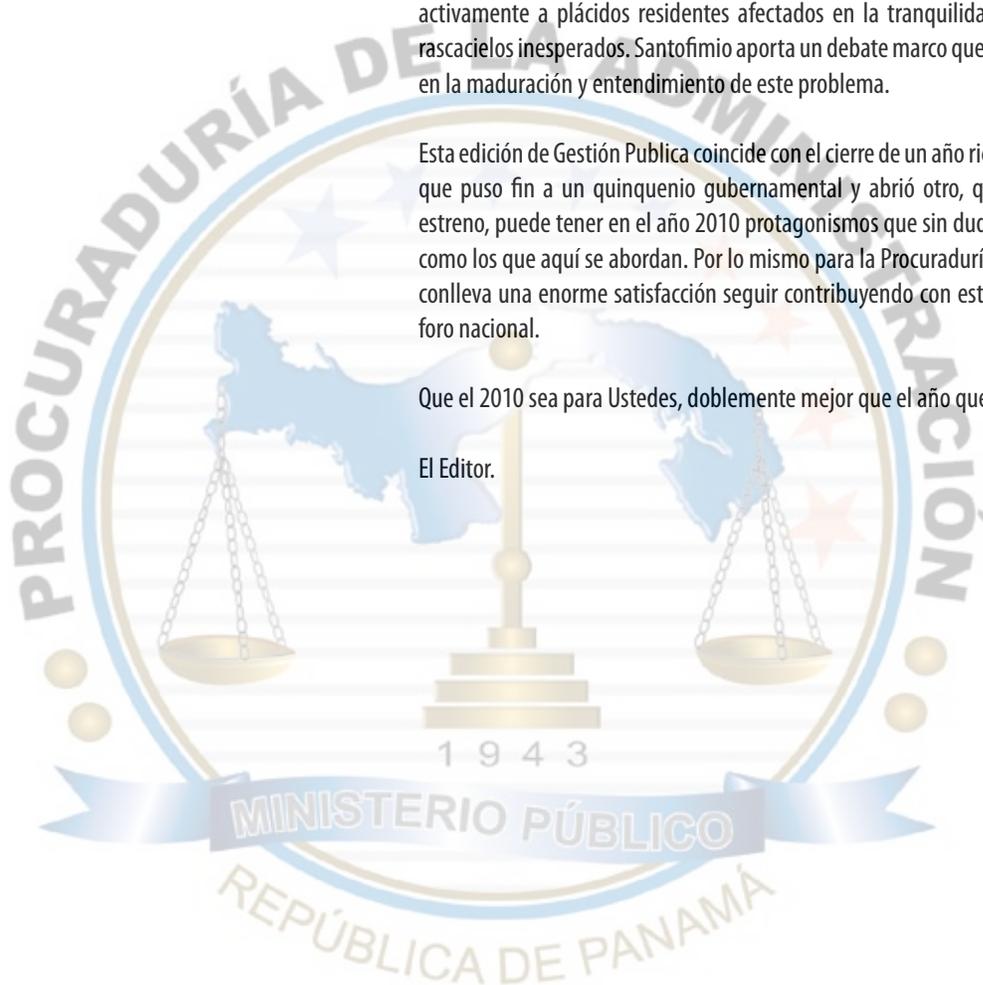
Se trata –explica- de “un derecho vinculado a los propósitos sociales y comunitarios que comprometen la actividad pública del Estado, mas allá de las fronteras de la conurbación...”, es decir “sobre la totalidad de la problemática del territorio , a la prevalencia imperativa, preservación y respeto de todos y cada uno de los derechos colectivos e intereses difusos de la sociedad que le garantizan a esta su convivencia equilibrada y ponderada, no obstante la complejidad de los elementos y fenómenos que implican las relaciones de la sociedad sobre el territorio”.

Contribución oportuna, sobre todo cuando en un país como Panamá el boom de la construcción generó, en el último quinquenio, ácidas controversias que vieron intervenir activamente a plácidos residentes afectados en la tranquilidad de sus hogares por rascacielos inesperados. Santofimio aporta un debate marco que seguramente ayudará en la maduración y entendimiento de este problema.

Esta edición de Gestión Publica coincide con el cierre de un año rico en acontecimientos, que puso fin a un quinquenio gubernamental y abrió otro, que tras seis meses de estreno, puede tener en el año 2010 protagonismos que sin dudas involucrarán temas como los que aquí se abordan. Por lo mismo para la Procuraduría de la Administración conlleva una enorme satisfacción seguir contribuyendo con estos temas urgentes del foro nacional.

Que el 2010 sea para Ustedes, doblemente mejor que el año que ha terminado.

El Editor.



# MEDIACIÓN COMUNITARIA

Eduardo Wolle



Algunas veces me sorprende de que pelea la gente. Tuvimos dos casos en corte que me llamaron mucho la atención, el primero caso fue de dos niños que habían intercambiado unos juguetes y cuando el infante trató de usar el juguete, este no funcionó. Era un carro control remoto. Los padres del niño cuyo juguete no funcionaba les pidieron a los padres del otro niño si podrían intercambiar el juguete nuevamente. Los otros padres les dijeron que no, ya se había hecho el canje y recordaron que el juguete estaba funcionando cuando el niño se lo entregó al otro. Posteriormente, los padres del primer niño interpusieron una demanda en corte para recuperar el valor del juguete, que era menor a cien dólares. Los padres que ahora estaban en disputa por un juguete, eran vecinos.

Este fue uno de los primeros casos que atendimos cuando empezó a funcionar el centro de mediación comunitario. Me llama la atención el hecho de que los padres fueran vecinos y que decidieran llevar su pelea a la corte, me pregunto, ¿que ejemplo le estaban dando a sus hijos?, será el que toda disputa se resuelve en los tribunales. Se solucionó el caso por medio de la mediación, los padres llegaron a un acuerdo y no ha regresado a la corte y los niños vieron que hay formas alternas de resolver los conflictos.

El otro caso era de una pareja que decidió eventualmente disolver su relación. En este caso, la joven estaba demandando a su ex novio para que le devolviera unos muebles. El problema en este caso es que el joven había violado la orden de protección impuesta en su contra y por eso terminó en la cárcel. Se hizo la mediación con un alguacil presente y ambas partes llegaron a un acuerdo, les gusto tanto la mediación, el haber podido hablar y llegar a un consenso, que decidieron tener otra mediación para terminar con otros asuntos que querían resolver.

Se concertó la mediación y se resolvieron casi todos los puntos en controversia. El mediador hizo varios intentos, pero ninguno quería ceder. El mediador, quien había tratado de utilizar las instrucciones que le habían dado para poder resolver disputas difíciles dijo, que para esta última controversia tendría que ir ante el juez. La pareja peleaba un perro que ninguno de los dos quería perder, ya que la mascota seguía siendo el símbolo de su relación. En este caso, la corte tuvo que determinar la custodia del perro. A veces, las disputas son mas profundas y la resolución toma más tiempo.

Estos son dos ejemplos comunes de los tipos de casos que llegan a los centros de mediación comunitaria en Panamá y en los EU.

El movimiento de mediación comunitaria en Norteamérica tiene su origen en el movimiento de derechos civiles durante los años 60's y 70's. Varios de los personajes que habían tratado de cambiar el sistema judicial y civil en los Estados Unidos estaban decepcionados, porque los cambios se daban muy lentamente.

En su libro "Community Dispute Resolution, Empowerment and Social Justice: The Origins, History and Future of a Movement" que también fue traducido al Castellano, Resolución de Disputas Comunitarias, Capacitación y Justicia Social: Los Orígenes, Historia y Futuro de un Movimiento" el autor, Paul Wahrhaftig indicó lo siguiente:

"La Corte Juvenil es uno de mis ejemplos en historia de cortes. Fue originalmente fundada para proveer un foro orientado más



a un tratamiento suave e informal. Eventualmente, temas de procedimiento surgieron al frente, a los niños se les dio la facultad de tener sus propios abogados, y los jueces de la corte juvenil empezaron a ponerse trajes y a sentarse en una plataforma elevada. Hoy día no es difícil ver la diferencia entre la corte juvenil y la corte de adultos. Yo me refiero a este proceso como “cooptación”.

Era tiempo para enfocarnos en un proyecto que podría funcionar sin las opiniones de las autoridades del sistema de justicia criminal; un proceso que cambiaría el poder en la toma de decisión lejos de las cortes y lo pondría dentro de la comunidad. Michael J. Lowy, un antropólogo y miembro de la mesa directiva para el Programa de Ante Juicio de la Ciudad de Pittsburgh, formuló un concepto que tenía el potencial de funcionar independientemente de las autoridades del sistema judicial criminal. En su discurso principal ante una conferencia estatal de Pennsylvania sobre el tema de ante juicio en 1972, Lowy desafió el concepto del porque las disputas que llegan a la corte son criminales y deben ser juzgadas en base al principio de culpabilidad.

En su lugar propuso que un proceso informal, parecido a los debates que había investigado entre los Ashanti en Ghana, se

podieran utilizar entre grupos vecinales del país, para ayudar a los residentes a trabajar en la solución de conflictos que podrían surgir dentro de sus comunidades. Vecinos y amigos en disputas deben tener la habilidad de resolver sus diferencias en un ambiente informal, enfocándose en el futuro —“como podemos vivir juntos en una cultura de paz” prefiriendo este sistema, a batallar en el procedimiento formal de corte sobre la base de la culpabilidad.

La presentación por Lowy fue tan impresionante que no parecía justo continuar con la agenda del resto de la conferencia. Al contrario, los cuarenta participantes cambiaron la fecha de la conferencia, para que en el tiempo restante se pudiera escuchar la propuesta de Lowy. Este evento marcó el principio del campo de resolución de disputas comunitarias.

De esta conferencia, surgieron los primeros centros de mediación comunitaria en los Estados Unidos. La intención de los que participaron de la actividad, era la de mover las disputas fuera de la corte y empoderar a los vecindarios de métodos alternos, en la solución de sus diferencias, sin recurrir al sistema judicial.



El resultado de los esfuerzos que empezaron en 1972 en Pittsburgh, dieron fruto en la forma de varios centros de mediación comunitaria como el de San Francisco California, que utiliza un grupo de mediadores. También empezaron centros en Carolina del Norte y varios otros estados. El desvío empezó en 1976 con la conferencia Pound que tuvo lugar en Minnesota. Esta conferencia se enfocó en los problemas que tenían las cortes en cuanto a la saturación en el número de casos que mantenía. La conferencia tenía como su proponente al Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Warren Burger y al profesor de Harvard, Frank Sanders.

Lo que salió de esta conferencia era la idea de “multi puertas” para uso en las cortes utilizando los procesos de RAC. La idea era que la gente usando los servicios de la corte, tuviera la oportunidad de escoger el proceso que los pudiera ayudar a resolver sus conflictos, por ejemplo, optar por los servicios de mediación o los de arbitraje. Para la creación de algunos centros de justicia vecindaria, el Ministerio de Justicia de Estados Unidos, aprobó un capital. Los centros se instalarían en las ciudades de Atlanta, de Kansas y Los Angeles. El sistema judicial había empezado a penetrar en lo que se idealizó como mediación comunitaria.

Los centros de mediación comunitaria empezaron a darle más servicios a las cortes, y también recibir más casos. En Nueva York, en 1981, se creó dentro del sistema de las cortes del estado de Nueva York el programa de RAC de Centros Comunitarios.

La Asociación Nacional Para la Mediación Comunitaria (NAFCM), ha definido las características de los centros de mediación comunitaria en los Estados Unidos. Hay más de 550 miembros asociados a NAFCM incluyendo 260 programas, individuos y miembros afiliados en 45 estados del territorio de Estados Unidos y en otros países. Los miembros tienen las siguientes características:

- 1) Utilizan mediadores comunitarios capacitados que brindan los servicios de mediación; los mediadores voluntarios, no requieren tener credenciales académicas ni profesionales.
- 2) Poseen una agencia privada no lucrativa, pública, programa con una junta directiva o un comité consultivo.
- 3) Los mediadores, el personal que labora en el centro y la junta directiva o comité consultivo reflejan la diversidad de la comunidad.
- 4) Le brindan acceso directo de mediación al público, por medio de auto remisión y esforzándose por reducir las barreras de





servicios incluyendo físicos, lingüísticos, culturales, programáticos y económicos.

5) Le brindan sus servicios a los clientes, sin importar la capacidad de pago que estos puedan tener.

6) Facilitan y educan a la comunidad en temas de colaboración vecinal, para que los residentes generen cambios positivos en sus áreas.

7) Crean foros para la resolución de disputas en las primeras etapas del conflicto.

El programa más usual de mediación comunitaria en Estados Unidos trabaja con un promedio de una a dos personas, treinta mediadores voluntarios activos, y opera bajo un presupuesto anual de cuarenta mil dólares (40.000 dólares). Nuestro programa funciona con dos colaboradores quienes trabajan sólo medio tiempo, veinticinco mediadores voluntarios y un presupuesto de treinta mil dólares (30.000 dólares). Mediamos más de 150 casos al año.

Los fondos para los centros de mediación comunitaria de Estados Unidos provienen de varias fuentes. La legislatura del estado de Nueva York provee fondos para centros de mediación comunitaria en sesenta y dos condados. Estos centros reciben más de 44 mil casos al año, sirviendo a más de 100 mil personas. Michigan tiene veintinueve centros que han sido fundados por el estado; Nebraska tiene seis centros regionales, apoyados por la Oficina RAC en Nebraska y por otras fuentes municipales, estatales y federales.

En Minnesota hay siete centros de mediación comunitaria que reciben financiamiento por la corte suprema del estado, gobiernos municipales y condados, también perciben fondos de fundaciones locales, estatales y del gobierno federal. En total atienden, más de 4 mil casos al año y servimos a más de 7 mil personas.

Los informes de las distintas zonas de los Estados Unidos, registrados en el NACFM de centros de mediación comunitaria, indican que el 85% de las mediaciones concluyen con un acuerdo entre las partes. De manera similar, las investigaciones indican que un 90% de las partes confirman sus acuerdos; el 95% de los participantes de mediación comunitaria dijeron que volverían a usar la mediación, si un problema parecido surgiera en el futuro.

El decreto ejecutivo de Panamá establece en su Decreto Ejecutivo 777, los tipos de casos que recibe un centro de mediación comunitaria. Considero importante, que se hayan incluido a las autoridades de policía como colaboradores de estos centros.

La legislación de Panamá señala las controversias que pueden ser atendidas en los centros de mediación,

En Estados Unidos, los centros de mediación comunitaria reciben un sinnúmero de casos. Estos datos reportados en NACFM, nos dan un claro indicio de los cambios transcurridos desde la conferencia en Pittsburgh.

Igual que en otros países que han implementado la mediación comunitaria, la experiencia adquirida en Panamá, hace permisible que este país, establezca sus propios estilos y expectativas en el programa de mediación comunitaria desempeñado en la sociedad.

Establecer el programa de mediación comunitaria en Estados Unidos, ha tomado más de 30 años, hoy hemos aprendido, que no hay solo un tipo de caso o un solo modelo de centro. También, que las comunidades necesitan un centro de mediación que resuelva sus casos y sus necesidades.



**Decreto Ejecutivo No. 777 Controversias que se pueden someter a un Centro de Mediación Comunitaria en Panamá**

✘ Ruidos Molestos	✘ Paredes y cercas medianeras
✘ Riñas	✘ Uso de espacio comunes
✘ Mascotas o animales en soltura	✘ Ampliación, mejoras, daños u ocupación de la propiedad
✘ Quemaduras	✘ Pastizales
✘ Colindancias	✘ Conflictos susceptibles de transacción o negociación surgidos en el seno de la comunidad
✘ Instalación y presentación de servicios técnicos básicos	
✘ Arbolado rural y urbano	
✘ Filtración de agua	
✘ Riego	

# La gestión ética como fundamento de la eficiencia institucional y la calidad de los servicios públicos

Luis Eduardo Cleghorn Espino

*El desencanto abre la puerta de la administración pública de nuestro siglo XXI. Son múltiples los factores que conducen a resultados pocos satisfactorios en la gestión gubernamental.*

El desencanto abre la puerta de la administración pública de nuestro siglo XXI. Son múltiples los factores que conducen a resultados pocos satisfactorios en la gestión gubernamental.

Existen más diagnósticos que los necesarios para concluir que el sector público ha sido incapaz de lograr niveles razonables de eficiencia, eficacia y calidad en la prestación de los servicios. El corazón del problema está en la casi nula participación ciudadana en nuestras democracias representativas.



La democracia representativa parece estar tocando fondo en la crisis que ella misma ha profundizado y se hace más que obvio, necesario, dar paso a un nuevo diseño de estructura pública que permita ver, al final del túnel, gobiernos responsables y, sobre todo, ciudadanos satisfechos de la seguridad ciudadana y la calidad de los servicios que reciben. En el fondo existe un problema de confianza.

Así como las empresas privadas se preparan cada vez más para afinar los argumentos de cierre de negocios, ya que los clientes son cada vez más estudiados y exigentes, así también los responsables del sector público tienen por delante el reto de reinventarse a sí mismo a fin de lograr satisfacer la demanda de servicios públicos de calidad.

En este espacio nos proponemos indagar acerca de la eficiencia, eficacia y calidad de los servicios públicos brindados por el sector público. Nuestra experiencia se remite a Panamá. Sin embargo, consideramos que las culturas institucionales de América Latina son similares, por lo que podemos considerar que el caso de Panamá no guarda distancia de las realidades de países vecinos.

## **Evolución del desarrollo del sector público**

Las estructuras del poder público no han estado huérfanas de esfuerzos por mejorar la eficacia y la eficiencia, principios de la administración pública. Inicialmente, el diseño burocrático, diseñada por Max Weber para aumentar la eficacia de las organizaciones, se constituyó en eje impulsor de un trabajo ordenado. La burocracia tenía como propósito lograr la eficiencia, considerando la organización de las instituciones.

Los niveles de comunicación y de relaciones intra e interinstitucional de aquellos primeros tiempos eran relativamente sencillos.



Pero, a medida que las organizaciones se hicieron más dinámicas, la estructura burocrática se hizo insuficiente para lograr los resultados esperados. Se propuso, entonces, el detallado estudio e integración de los procedimientos con la estructura institucional, actuando así con los dos factores claves en los resultados de la gestión pública. Nació así la técnica conocida como “Organización y Métodos” que se extendió a todas las instituciones del sector público en los 70’s y se consolidó como el sistema ideal para organizaciones complejas como suele ser el sector público.

### El mundo globalizado

El mayor nivel de relaciones entre las instituciones del Estado, las organizaciones empresariales y el ciudadano, facilitadas por las nuevas tecnologías de información y comunicación, dejó patente las limitaciones del sistema burocrático y las técnicas operativas en boga en aquel entonces, pues el excesivo papeleo y el carácter impersonal de las relaciones se constituyó en un obstáculo en el logro del buen clima laboral y la satisfacción ciudadana.

Bajo la estructura burocrática fría, impersonal, rígida, centralizada y jerarquizada se hace cada vez más difícil lograr la satisfacción de los usuarios de los servicios públicos.

Pero ¿cuáles son las causas verdaderas por las que los sistemas actuales no resuelven el problema de eficacia y eficiencia? La respuesta sólo podemos encontrarla investigando los componentes de la organización o institución:

**1. Estructura:** es imposible que el rígido sistema burocrático siga funcionando en el mundo dinámico que caracteriza este siglo.

Los gobiernos latinoamericanos son mega estructuras que se enredan en las mallas de su propia burocracia. Como todos los dinosaurios, les es muy difícil caminar y al igual que ellos, si no se producen cambios en el corto y mediano plazo están sujetos a ser reemplazados por otras estructuras de poder, más flexibles y competitivas.

La burocracia mata las más creativas ideas, diluye las iniciativas más prometedoras, frustra los proyectos que anhelan y proponen saltos cuantitativos; alimenta una cultura institucional de baja eficiencia, nula efectividad y baja competitividad y se alimenta de esa misma cultura para sobrevivir; ha engordado las estructuras gubernamentales del estado de bienestar, al requerir más personal para cumplir con todas las obligaciones sociales que la ciudadanía demanda.

Consideramos también el efecto del carácter legalista de nuestra institucionalidad, con procedimientos administrativos cotidianos muy cercanos a la formalidad de los procesos jurídicos, altamente burocráticos. Ante la necesidad imperiosa de lograr mayores niveles de eficiencia para mejorar el servicio que el sector público ofrece al ciudadano usuario de los

servicios públicos, los Estados son requeridos para reducir la burocracia, mediante el proceso de desburocratización.

Este proceso logra su propósito mediante acciones múltiples: inicialmente mediante la privatización; en una segunda etapa se crean agencias autónomas, tales como las reguladoras de los servicios públicos.

En otra etapa los gobiernos traspasan parte de sus responsabilidades al tercer sector, es decir, las organizaciones no gubernamentales – ONG o, para decirlo de manera positiva, las organizaciones de solidaridad.

Las instituciones de los gobiernos centrales, están sujetas a experimentar el cambio de una cultura burocrática a una cultura plana y más flexible, de una comunicación vertical de una vía, a una comunicación horizontal de doble vía, de una gestión centralista diseñada en los altos niveles jerárquicos a una gestión participativa, de un trabajo individualista a un trabajo de equipo.

**2. Procedimientos:** el sistema de “Organización y Métodos” tuvo extendida aplicación en las entidades públicas en las tres últimas décadas del siglo pasado. Hoy día tenemos sistemas más integrados, tales como calidad total, normas de calidad ISO y otras técnicas. Las normas de calidad ISO que originalmente fueron diseñadas para la estructura empresarial ya cuentan con acuerdos internacionales para adaptar las mismas a los ambientes del sector público, tales como IWA 2, IWA 4 (International Workshop Agreement).

La incorporación de tecnologías de Internet y comunicaciones - TIC ha hecho posible una mayor velocidad de procesamiento de información, lo cual es un avance notable. Pero, aún así, la velocidad de respuesta al ciudadano, no llega a los niveles deseados.

### Las causas verdaderas del problema

La gestión técnica conformada por la organización y los procedimientos institucionales es la dimensión que acapara toda la atención en las organizaciones actuales, tanto del sector público como del sector privado. Pero ella sola no puede lograr la eficiencia sino le acompañan a la gestión ética. Son como las dos alas de un ave que anhela ascender a niveles superiores, pero falla en el intento, pues sólo tiene un ala: la gestión técnica.

El estudio de la gestión humana en las organizaciones se ha quedado muy a la zaga de las investigaciones sobre la gestión técnica, sin embargo toda organización, ya sea pública o privada, tienen en el recurso humano su activo más importante.

He aquí la más grande limitación de las organizaciones actuales, condición que comparten tanto el sector público como el sector privado.



El actual nivel de desarrollo ha hecho evidente la necesidad de volver la mirada institucional hacia los servidores públicos y grupos de interés, sobre todo al ciudadano usuario de los servicios públicos.

Para lograr mejores niveles de calidad en la gestión pública es clarificadora la “Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública”, adoptada en la XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno realizada en San Salvador en junio de 2008, que establece los principios inspiradores de una gestión pública de calidad. En el artículo 9 de la citada carta establece “Una gestión pública de calidad implica la observancia de valores éticos que la orientan, tales como la vocación del servicio público, la probidad, la honradez, la buena fe, la confianza mutua, la solidaridad, la corresponsabilidad social, la transparencia, la dedicación al trabajo, el respeto a las personas, la escrupulosidad en el manejo de los recursos públicos y la preeminencia del interés público sobre el privado. (CLAD, Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, 2008, Art. 9)

### **La ética en la administración pública**

La ética personal es mirar hacia dentro, reflexionando sobre la bondad o malicia de nuestras acciones, para lograr una vida buena. Haciendo un paralelo, podemos decir que la ética en la administración pública es volver la mirada hacia el interior de las instituciones, es decir, hacia la estructura institucional, los procedimientos y el recurso humano. En vista de que, tanto la estructura como los procedimientos son determinados por el recurso humano, podemos afirmar que la bondad de las acciones de los servidores públicos son las que consolidan las buenas prácticas institucionales y al mismo tiempo reducen la malicia de las acciones públicas, que se manifiesta en la corrupción del sistema.

Una gestión ética es una gestión humana, es decir, orientada hacia el cumplimiento de los fines o propósitos de la vida y del trabajo, que permite lograr la felicidad personal (ética personal) y la satisfacción de los usuarios de los servicios públicos (ética pública o institucional). Las prácticas que no incorporan los principios éticos afectan el clima laboral de las organizaciones y mata la creatividad personal de los servidores públicos, por lo que el mantenimiento de una cultura ética en la estructura institucional del Estado se convierte en condición indispensable para lograr la competitividad institucional deseada. A pesar de que los conceptos que tratan de alumbrar la entrada de las instituciones públicas al nuevo siglo tiene raíces éticas, nunca ha sido tan marcada la cultura de malas prácticas institucionales.

### **La receptividad de la ética en la administración pública**

El objetivo de esta ponencia es presentar las experiencias que ha tenido la Red Interinstitucional de Ética Pública, promovida por la Procuraduría de la Administración de la República de Panamá. Se trata de una alianza entre instituciones que persigue promover y consolidar una cultura de buenas prácticas institucionales. Podemos identificar tres etapas en el desarrollo de la Red.

### **Primera etapa de la Red Interinstitucional de Ética Pública – Capacitación**

En una primera etapa se dictaron programas de capacitación en ética pública. Pero, muy pronto fue evidente las limitaciones que se confronta cuando se intenta cambiar actitudes por medio de programas de formación, ya que la ética no se piensa, se vive. Los participantes en estos programas de capacitación asistían por invitación, pero cuando regresaban a sus lugares de trabajo no les era fácil transmitir las enseñanzas recibidas al resto del personal.

La participación en la capacitación era interesante para los coordinadores o representantes institucionales, pero el objetivo de la Red de Ética se ubica más allá de una gestión personal. Se aspira a satisfacer necesidades institucionales que, si bien pasan por la satisfacción personal de los servidores, va mucho más allá hasta el fortalecimiento de una cultura ética institucional. Era necesario lograr un mayor nivel de compromiso de los participantes y, sobre todo, transmitir este compromiso a las instituciones.

### **PRINCIPALES PROGRAMAS DE FORMACIÓN DESARROLLADOS EN LA PRIMERA ETAPA:**

En esta etapa se introdujeron los conceptos claves de la ética pública, tales como el marco conceptual y Evolución del pensamiento ético, la felicidad personal y la justicia social, entre otros. Se destacan las acciones éticas como el eje estratégico alrededor del cual se mueve la Nueva Gestión Pública – (NGP).

Todos los conceptos fundamentales de la NGP son éticos porque tienen orientación humana: rendición de cuentas, carrera administrativa, descentralización, desconcentración, desburocratización, seguridad jurídica, sociedad civil, participación ciudadana, transparencia, gestión por resultados y otros.

Cada uno de los conceptos anotados son importantes para lograr las instituciones eficaces, eficientes y de calidad que se persiguen, por lo que es prioritario el desarrollo de las acciones éticas en el seno de las instituciones del Estado como condición indispensable para lograr organizaciones más dinámicas con una mejor nivel de respuesta a las demandas ciudadanas. Al mismo tiempo que se promueven las actuaciones éticas, se está modernizando el Estado.

### **Segunda etapa de la Red Interinstitucional de Ética Pública**

El proceso de promoción de la ética pública basado en programas de capacitación dio paso a una segunda etapa que tuvo como propósito la consolidación de redes internas en las instituciones participantes, que pudieran ser más eficientes en la transmisión de actitudes éticas en el seno de las instituciones.



### ¿POR QUÉ REDES INTERNAS?

Las redes internas de ética institucional son equipos de trabajo que se conforman en las organizaciones del sector público para promover la reflexión y aplicación de la ética institucional y consolidar un cambio de la cultura corporativa. Los procesos de cambio de cultura son ambiciosos pues tienen como fin un cambio de cultura que no es tarea fácil ni de corto plazo.

Si consideramos que “la cultura es la totalidad compleja que incluye conocimientos, creencia, arte, ley, moral, costumbre y todo hábito adquirido por el hombre en cuanto miembro de una sociedad” (Tylor en Cleghorn, 2005,61) caemos en la cuenta que estos cambios sólo pueden promoverse desde un esfuerzo integrado de mucha gente que se desenvuelven en todas las dimensiones institucionales.

Así como la ética brota del interior de cada persona, así la ética institucional tiene que brotar de cada institución y esto sólo puede ser desarrollado por un equipo de trabajo que, desde el interior de las organizaciones promueva las buenas prácticas corporativas.

Cada Red interna es coordinada por el coordinador o representante de la institución miembro ante la red interinstitucional. Tiene el compromiso de actuar como promotor de la reflexión ética en su lugar de trabajo y es responsable de llevar adelante un programa de reflexión interna, localizando facilitadores, ya sea dentro o fuera de la institución.

En esta etapa se experimentan obstáculos, como la escasa formación ética de los facilitadores. Ellos, usualmente, asisten periódicamente a las charlas de reflexión ética que se realiza con otras instituciones y se sienten muy motivados por la oportunidad de hacer una contribución a la consolidación de las buenas prácticas en su lugar de trabajo. Sin embargo, requieren dedicarle tiempo al estudio y reflexión personal para ganar seguridad en su labor de agente formador.

Esta labor difícilmente puede ser realizada con éxito por una sola persona responsable. Es necesario un equipo de trabajo para animarse mutuamente y, sobre todo, tomar decisiones de consenso sobre las acciones a seguir en el

equipo de trabajo o red institucional.

### LA ESTRUCTURA Y SÍMBOLOS DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL

Panamá cuenta con 89 instituciones públicas. El 95% de ellas tienen representantes ante la Red Interinstitucional, o sea, forman parte de ella y asisten regularmente a los programas periódicos de formación y reflexión ética.





El ingreso de la Institución a la Red se institucionaliza mediante una ceremonia a la que asiste la más alta autoridad de la institución entrante. De esta forma se manifiesta el apoyo de la alta dirección a la promoción de actitudes éticas en su organización. Asiste igualmente el Procurador de la Administración como institución promotora y coordinadora de la Red Interinstitucional.

A los nuevos miembros se les impone un gafete distintivo de la Red Interinstitucional de Ética Pública.

### **PRINCIPALES PROGRAMAS DE FORMACIÓN DESARROLLADOS EN LA SEGUNDA ETAPA**

De los conceptos iniciales de reflexión ética se pasó a una fase de aplicación de los conceptos aprendidos. El programa insignia de esta etapa es la promoción del Código Uniforme de Ética del Servidor Público, que se refiere a un seminario taller, donde los participantes tienen la oportunidad de conocer el Código mediante la discusión de unos casos sencillos.

El seminario taller del Código Uniforme responde a una necesidad sentida a todo nivel jerárquico y profesional de la administración pública y se requiere de profesionales de la ciencia jurídica, quienes presentan los principios generales y particulares del mismo, preparando así a los miembros de la Red para realizar un taller de aplicación de esta normativa en el trabajo cotidiano.

#### **Tercera etapa de la Red Interinstitucional de Ética Pública**

En la primera fase o etapa de capacitación se solidificaron las bases conceptuales de la ética. No albergamos ninguna duda de la necesidad de fundamentar todo esfuerzo de cambio cultural en la capacitación reflexiva de conceptos éticos, esfuerzo que se inicia y nunca termina, pues siempre será necesario fijar conceptos y valores fundamentales y nutrir la inquietud natural que sienten los miembros de Red por liderar cambios en la actitud de los servidores públicos. En la segunda etapa, como lo hemos visto, se privilegió la aplicación del Código Uniforme de Ética del Servidor Público y se crearon las redes institucionales.

Todas las disciplinas “hacen” mientras que la ética “se hace” y, al hacerse, construye la persona y el clima laboral.

Cuando hablamos de ética estamos haciéndonos a nosotros mismos o construyendo la institución que pensamos es la mejor para nosotros, como servidores y para toda la sociedad. Este proceso, a nivel personal es motivador y de gran ayuda para los representantes institucionales, que manifiestan un alto grado de entusiasmo en el esfuerzo común.

El obstáculo se encuentra cuando los coordinadores regresan a su lugar de trabajo y experimentan un bajo nivel de apoyo de parte de sus jefes y compañeros. Se sienten muy pequeños en la mega estructura que los

alberga ocho horas diarias, como para llevar adelante estos esfuerzos de cambio cultural y termina sucumbiendo a la cultura de trabajo, en vez de actuar como agentes de cambio de ella. Estas actuaciones tímidas de parte de los coordinadores tienen su génesis en varios factores, entre los que se destacan un tiempo reducido para la preparación, ya que este consume tiempo, esfuerzo y sacrificio personal.

Actualmente están operando treinta y cinco instituciones (37%) de un total de 94 instituciones.

Realizan actividades múltiples, entre ellas, círculos de reflexión, concursos departamentales de valores, charlas y conferencias sobre las buenas prácticas corporativas, fundadas en la ética institucional y otras.

Pero siempre será necesario fortalecer la motivación ética, en otras palabras, fortalecer la voluntad de los coordinadores para impulsar con más dinamismo sus redes internas.

Nos proponemos, en esta tercera etapa, brindarle a los coordinadores la oportunidad de “vivir” la ética, no solamente enseñarla. Para lograr este propósito debemos insertar las actividades de la Red dentro de las coyunturas nacionales, regionales y municipales que se presentan para que participen de acciones colectivas que procuren el bien común, ya sea en las instituciones o las comunidades.

El vivir estas experiencias dentro de la Red Interinstitucional de Ética Pública, compartiendo con otros coordinadores institucionales, aumenta el sentido de contribución al fortalecimiento de la democracia y al proceso de modernización del Estado. A continuación presentamos los principales programas que definen esta tercera etapa y sus características.

### **PRINCIPALES PROGRAMAS A DESARROLLAR EN LA TERCERA ETAPA**

Como lo mencionamos antes, esta tercera etapa se encuentra en su génesis. En las siguientes líneas se describen algunos programas que están en desarrollo o estudio para ser desarrollados en la tercera etapa del desarrollo de la Red Interinstitucional de Ética Pública.

#### **A. Talleres de Planeamiento Estratégico**

El objetivo de este programa es procurar un mayor nivel de compromiso institucional con las actividades de la Red, por vía de la planificación ordenada y participativa de las acciones a realizar anualmente por el equipo de trabajo. Se realiza un taller de planeamiento con los miembros de la Red para diseñar un Plan de ejecución de actividades.

En el caso de Panamá, estamos en un periodo de cambios profundos debido al cambio de gobierno reciente. Por consiguiente, estamos inmersos actualmente en las visitas a las instituciones que cuentan con nuevo liderazgo para presentarles la Red Interinstitucional de Ética Pública. Estamos concientes de que este cambio obliga a un renovado



esfuerzo por consolidar la Red, pues los equipos de trabajo cambian.

Hasta el momento, la Red de Ética ha formado a más de cinco mil servidores públicos. Toda formación aporta un valor agregado a la persona y también a la red de relaciones, lo que apoya el crecimiento saludable del capital social de la República.

“Es necesario complementar una ética individual con una ética de las organizaciones. Si no lo hacemos los individuos que quieren vivir moralmente bien, al final tendrán que ser héroes de verdad”. (Cortina, Adela y Conill, Jesús, 1998, 35) Esta cita de Jesús Conill nos habla de la dificultad del compromiso que se presenta cuando se intenta promover cambio en las actitudes personales de los servidores si el entorno de trabajo no acompaña ese deseo personal de cambio. Los talleres de planeamiento estratégico de las redes internas de ética pública tienen doble propósito:

- a. Promover la elaboración de un plan estratégico, elemento indispensable en el desarrollo de una gestión pública de calidad.
  - b. Aplicar la ética personal e institucional en la configuración de un clima laboral que invita a la autorrealización y a la eficiencia.
- Las ventajas de un buen plan estratégico se aprecian en todos los pasos del mismo. Sin un buen plan estratégico no podemos evaluar los niveles de ejecución de los proyectos.

Vivimos una cultura de evaluación en la que es necesario tener elementos de juicio para medir la realización o el logro de los objetivos de los programas y proyectos planeados. “La evaluación se está convirtiendo cada vez más en una herramienta no sólo para modernizar la gestión pública sino también para democratizarla” (CLA, AEI, MAP, 2003, 38).

Dado que este proceso de evaluación es parte de los planes de trabajos trazados al inicio del programa, la elaboración de los mismos desde un enfoque participativo tiene la virtud de comprometer al equipo de trabajo con cada una de las tareas que los miembros de la red institucional se trazaron al inicio.

En cuanto al perfil ideal para invitar a los posibles miembros a integrarse a la Red Institucional, se debe considerar personas capaces de entusiasmarse ante la idea de contribuir a un cambio positivo en su lugar de trabajo. Lo ideal sería contar con personal situado en niveles altos de las cadenas de mando, ya que así tendrían la autoridad para llevar adelante las tareas y consolidar el equipo. Pero, por otro lado, tiene la desventaja de la alta rotación cuando hay cambios de liderazgos políticos. Será necesario, por consiguiente, integrar a personal que combine la mayor estabilidad del personal de menor mando jerárquico con personal de autoridad que aplique su autoridad para hacer posible las actividades tendientes a fortalecer la cultura de buenas prácticas deseadas.

Mucha gente piensa que la ética es una disciplina filosófica etérea, vaga

que no ofrece ninguna aplicación en el mundo moderno. Nada más alejado de la realidad.

Parece curioso que es más común encontrarse con aplicaciones éticas a nivel institucional que a nivel personal.

El proceso de desarrollo de un Plan Estratégico en las organizaciones, tanto públicas como privadas, es una aplicación de la ética al campo institucional o empresarial.

La ética teleológica aristotélica nos habla de los fines. En la vida (aplicable también a las organizaciones) tenemos que encontrar los fines que buscamos e ir tras ellos. Son el blanco que tenemos que alcanzar.

Cuando en los talleres de planeamiento estratégico hablamos de la misión, nos estamos refiriendo a los fines para los que existe la organización o institución, que constituyen ese blanco que tenemos que alcanzar para cumplir el objetivo deseado.

“La misión responde a la pregunta ¿qué hacemos?, ¿cómo lo hacemos?, ¿a quién servimos? Y, sobre todo, ¿por qué lo hacemos? (Goldstein, Leonard, 1998, 199). La misión es, por consiguiente, un elemento eminentemente ético e invita a la reflexión sobre la estructura organizacional, actividades y procedimientos de trabajo de la institución.

### **B. Programa de Fortalecimiento de la Ética Profesional**

Hoy quedaron atrás aquellos días en que los profesionales de las artes liberales aplicaban su conocimiento y experiencia, gozando de la autonomía e independencia que le brindaba su título profesional. El perfil actual del profesional no es el mismo. Hoy la mayoría de los profesionales trabajan para organizaciones, como asalariados.

El profesional, igual que todos los trabajadores, requiere conocer el fin o propósito de su trabajo y muchas veces esto le es vedado por los procedimientos u otros factores organizacionales que les permite conocer solamente aquel fragmento de la organización en la que se desenvuelve, pero pierde la visión de conjunto de la organización. Esta mediatización del profesional alimenta el mundo del conformismo “hago lo que los demás hacen”, afirmándose así el trabajo a desgano.

Pero este actuar, que es muy común en los ambientes del sector público y también está presente en el sector privado, ahuyenta la satisfacción profesional del trabajador que no le encuentra sentido a lo que hace.

La ética, desafortunadamente, se ha promovido más como normas y prohibiciones y menos como aquella disciplina que ha de llevar al hombre y la mujer a una vida buena.

“Torres cuestiona que la ética pública se refiera sólo a todo lo relacionado con la honestidad. La ética se extiende también a la calidad y perfección

del trabajo, al clima laboral, a la atención al ciudadano.

Es decir, la ética es algo más que la censura de conductas corruptas” (Arana Muñoz, 2001, 416). La identidad de los servidores públicos en nuestro país es débil. La alta rotación de los funcionarios del Estado, aunado a las limitaciones económicas que sufren algunas instituciones y la falta de incentivos determinan una insatisfacción generalizada.

La Red Interinstitucional de Ética Pública aspira a explorar la veta profesional que ya existe, para facilitar a los profesionales de las diversas disciplinas representadas en el sector público un espacio de reflexión sobre la deontología y la ética profesional.

La identidad profesional es más fuerte que la identidad del servidor público, por lo cual puede convertirse en un eje de superación personal y laboral de los grupos profesionales que brindan sus servicios en las instituciones del Estado.

Emile Durkheim (1858-1917) preocupado por lo que interpretaba como vacío ético sugirió que la moral profesional debía llenar el vacío moral, que ya en su época se perfilaba e hizo una apuesta por los gremios profesionales, los que debían reconstruirse para moralizar la vida económica.

La oportunidad de reunir a los servidores públicos profesionales de una misma disciplina en foros de discusión de los problemas comunes en una

comunicación horizontal, determinará una mayor cantidad de relaciones entre ellos, facilitando el trabajo, compartiendo experiencias, aprendiendo unos de otros pero, sobre todo, enriqueciendo el capital social del país, colaborando así en la profesionalización del sector público.

### C. Programa de Diálogo Comunitario

Este programa tiene como objetivo el fortalecimiento del proceso democrático en el país, usando la ética como elemento integrador.

En “El Contrato Social” (Rousseau, 1981, 122) Rousseau nos dice que “el pueblo inglés cree ser libre; se equivoca, sólo es libre en el momento en que emite su voto”. Esta afirmación encierra una verdad que sintetiza las limitaciones del sistema democrático: los ciudadanos que viven en democracia pueden gozar la democracia cada tres a cinco años. Esto parece un disfrute muy corto y muy espaciado, insuficiente para satisfacer las expectativas de ningún ciudadano.

El ciudadano debe sentir que el sistema democrático le permite ser protagonista de su propio destino continuamente. Esto sólo es posible mediante la participación ciudadana y comunitaria basada en la ética discursiva y promovida por las autoridades nacionales y locales. En Panamá las autoridades locales están constituidas por los alcaldes y representantes de corregimientos. Son ellos los llamados a realizar los diálogos periódicos con los ciudadanos del distrito y corregimientos.

La ética discursiva esta basada en el diálogo y aboga por la solución de los





problemas mediante el método dialógico, discursivo, es decir, mediante el diálogo abierto, sin imposiciones, con respeto e informal. En éste diálogo todos los que pertenecen a la comunidad están invitados a participar. Nadie se debe sentir excluido. “La diversificación de intereses impulsado por un clima de participación y compromiso culmina en un denso tejido asociativo” (Arana, 2007, 39) que enriquece el capital social nacional.

Las políticas de la Nueva Gestión Públicas están basadas en las personas,



no en las ideas, como sucede con las políticas basadas en ideologías. Éste método político no pretende reducir la autoridad de las autoridades locales, más bien, fortalecerla mediante el diálogo descrito.

El consenso es el momento final del diálogo. En todo diálogo habrá confrontación, transacción, acuerdo, negociación y será necesario, en ocasiones, ceder para lograr finalmente el consenso. El consenso supera la decisión por mayoría, ya que en esta siempre hay perdedores, debido a que una de las partes no se siente satisfecho por la decisión de la autoridad competente.

Una democracia local así entendida, desarrollada mediante la participación ciudadana o comunitaria supera las limitaciones y debilidades del sistema y permite su perfeccionamiento.

“La Política no es nada, si no recibe sus principios fundamentales de la Moral y si no procura seguirlos” escribió Aristóteles (Aristóteles, 1970, 8).

#### **D. Programa de ética jurídica para los miembros de La Red Interinstitucional de Ética Pública**

El objetivo de este programa es analizar el Código Uniforme de Ética del Servidor Público a la luz del ordenamiento jurídico nacional. La ética, como se anotó al inicio, debe brotar del interior de la persona, sin imposiciones o presiones y actúa de manera preventiva. Por el contrario el derecho es exterior al individuo y se impone por coerción.

Existen artículos en el Código de Ética sobre conductas del servidor público que tienen una sanción administrativa y/ o moral, mientras que también aparecen en otros Códigos del ordenamiento jurídico penalizados como delito.

Esta situación crea espacios de reflexión sobre la relación entre la ética y el derecho en la que se destaca la íntima relación que existe entre estas dos disciplinas, de tal manera que ambas se complementan como normas de convivencia para el logro de la satisfacción personal y ciudadana.

#### **Conclusión**

A pesar de que persisten tendencias negativas en el sector público, tales como la corrupción, la ineficacia, la ineficiencia, la alta rotación del personal, la inequidad salarial, la ausencia de espacios de participación ciudadana y la pobre calidad del servicio público, hay indicios de que estamos entrando en un proceso de cambio radical que nos lleva de una administración pública basada en la gestión técnica y la autoridad tradicional a una cultura basada en las personas, es decir, en el recurso humano, los ciudadanos usuarios de los servicios públicos y los grupos de interés, que somos todos.

Al inicio afirmamos que la crisis de la democracia representativa tocaba fondo, por lo que se hace urgente su perfeccionamiento. A lo largo de

estas páginas se ha podido apreciar como caminamos de la actual democracia representativa a una democracia participativa, basada en la ética discursiva o ética del diálogo. Esta nueva cultura institucional que se forma ante nuestros ojos basa su actuar en valores muy bien definidos, tales como la participación ciudadana, el diálogo y el consenso, valores todos promovidos por la Red Interinstitucional de Ética Pública y Transparencia.

Según el brasileño Gustavo Pereira, “la modernización del aparato del Estado exige la creación de mecanismos que hagan viables la integración del ciudadano al proceso de definición, implementación y evaluación de la acción pública”.

La participación ciudadana supera los valores partidistas que parecen estar manejando la gestión pública en las actuales democracias representativa. Las autoridades elegidas tienen la misión de coordinar los espacios de participación ciudadana, pues realmente han sido seleccionadas para ser enlace entre la ciudadanía y las autoridades de nivel superior que tienen el poder y los recursos necesarios para resolver problemas comunitarios o nacionales.

La democracia participativa es eminentemente ética, pues está orientada hacia la satisfacción de los ciudadanos o de la comunidad. El siglo XXI va a devolver al servidor público y al ciudadano las dimensiones arrebatadas: el entusiasmo por lo que hace y la conciencia personal y colectiva, inaugurando así una época más humanista, con la mirada puesta en el ser humano.

Es innegable que hemos llegado a un punto en el cual es imperativo actuar de forma tal que los partidos políticos, sector empresarial, sindicatos, organizaciones solidarias y la sociedad civil cesen actitudes de confrontación, en pos de un acuerdo nacional que permita la asunción del nuevo sistema democrático participativo.

El tomar la vía contraria empobrece el capital social, condenando a las naciones a aumentar su dependencia de las naciones más desarrolladas. En este contexto, la ética quiere ser signo de esperanza y los programas de la Red Interinstitucional de Ética Pública que se han presentado en este escrito tienen como propósito, no solamente mejorar el clima laboral en las instituciones sino abrir las puertas a la democracia participativa.

La ética es mucho más que un cuerpo de normas que prohíben. Es el ingrediente necesario para animar, entusiasmar, levantar y llegar a



la meta final que, en las instituciones del sector público, es brindar un servicio eficiente, eficaz, transparente y de calidad a los ciudadanos usuarios de los servicios que ofrece el Estado.

#### Bibliografía

Aristóteles, *Moral a Nicomaco*, Editorial Universo, segunda edición, Lima, 1970, 8; CLAD, AECI, MAP, *Evaluación de resultados para una gestión moderna y democrática*, Caracas, 2003, 38. CLAD, *Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública*, 2008, artículo 9; Cleghorn, Luis, *Gestión ética para organizaciones competitivas*, Editorial San Pablo, Bogotá, 2005, 61; Cortina, Adela y Conill, Jesús, *Democracia participativa y sociedad civil*, Editorial Siglo del Hombre, Santa Fe de Bogotá, 1998, 35; Goldstein, Leonard, Nolan Thimoty, Pfeiffer, William, *Planificación estratégica aplicada*, Editorial Mc Graw Hill, Santa Fe de Bogotá, 1998, 199; Pereira Angelim, Gustavo, *O projeto padrões de qualidade do atendimento ao cidadão*, en: Conferencia CLAD 2001. Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, *La dimensión ética*, 2001, 416, mimeo. Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1981, 122.



## Elementos para una superación del normativismo en la promoción de la ética de la función pública

Juan Camilo Salas Cardona



Un hecho que llama la atención en la cultura occidental, y especialmente en el contexto latinoamericano, es que cuando se quiere educar en ética a las personas, se apela casi indefectiblemente a la elaboración de códigos y reglamentos, bajo la presunción de que el conocimiento de las normas, y de las eventuales sanciones, conducirá a una mejor conducta de parte de aquellos a quienes cobijan las disposiciones.

Desde el decálogo de Moisés, hasta el proyecto codificador europeo del siglo XIX, y desde el código de Hammurabi, pasando por el casuismo medieval, hasta nuestros días, hemos creído y seguimos creyendo que unas normas claras y precisas, ojala respaldadas por una buena sanción, desembocarán en un cabal cumplimiento de los mandatos.

Esta tendencia se verifica en casi todos los órdenes de la vida institucional de nuestras sociedades postmodernas; bástenos revisar la ingente cantidad de normas legales que se producen en nuestros países, al punto

que muchas de nuestras legislaciones son prácticamente inmanejables, así como la creciente creación de reglamentos y marcos éticos para orientar tanto instituciones como actividades profesionales. Un buen ejemplo de esta situación es que casi todas las profesiones, por no decir que todas, tienen sus propios códigos deontológicos, también llamados códigos de ética, de manera análoga a lo que hacen los gremios, e incluso, los partidos y las campañas políticas.

Sin querer incurrir en diagnósticos apocalípticos, bástenos en señalar que, en el caso latinoamericano, como es de dominio común, la gran cantidad de leyes que nos rigen, y los abultados códigos que nos gobiernan, no van acompañados de una mejor conducta de parte de los ciudadanos. Igualmente, la existencia de códigos profesionales, muchos de ellos muy completos, pareciera no servir de mucho para una mejoría de la moral profesional; en este mismo sentido, en muchos casos, es necesario contar con el concurso de grandes especialistas para que nos



ayuden a comprender las diferencias entre los códigos de ética de muchas instituciones, tanto públicas como privadas, y los reglamentos internos de trabajo, o entre los primeros y los manuales disciplinarios.

En síntesis, es evidente el inmenso abismo que existe entre la cantidad y calidad de códigos, normas y reglamentos, y la eficacia que ellos tienen a la hora de propiciar unas mejores conductas, una mayor transparencia y una mejor convivencia, ya sea esta interpersonal, institucional o ciudadana.

Ante este escenario vale la pena hacerse varias preguntas ¿debemos renunciar a las normas como mecanismo de orientación ética y moral?, ¿dónde estarían los complementos o condicionamientos que podrían hacer que estos mecanismos fuesen más eficaces?, y, en el caso de la gestión pública, vale la pena preguntarse si no teniendo suficientemente claro el horizonte de la educación moral ¿vale la pena seguirse esforzando en la creación de códigos y reglamentos éticos para mejorar la ética y la transparencia de la función pública?

Una respuesta suficiente a estas preguntas, obviamente, demandaría del concurso de un contingente de especialistas en la materia, que, después de muchos debates e investigaciones, publicasen una o varias

enciclopedias para arrojar luz sobre estas cuestiones; sin embargo, con pretensiones muy modestas, en las siguientes líneas, quisiéramos ofrecer sólo algunas ideas introductorias para, al menos, aclarar el trasfondo de la cuestión del normativismo en la promoción de la ética de gestión pública.

En este sentido quisiésemos proponer, en primera instancia, un esbozo de revisión histórica de la cuestión del normativismo, trabajo en el que rescatemos el papel, que han tenido ciertos moralistas y juristas, en la consolidación de dicha tendencia (I). En un segundo momento exploraremos la perspectiva dialógica de Jürgen Habermas, valorándola como uno de los aportes contemporáneos que mejor articulan la legitimidad, validez y eficacia de los cuerpos normativos, ya sea de tipo ético o jurídico, para un mejor logro de los objetivos comunes (II); y, en un tercer momento, describiremos, complementariamente a los planteamientos de Habermas, algunos criterios éticos – pedagógicos, que pueden colaborar en la promoción de la ética de gestión pública (III).

### **I. El normativismo y la cuestión de la educación moral.**

Como notas previas a nuestra revisión histórica, quisiéramos aclarar dos tipos de asunto, el primero referido a lo que entendemos por normativismo,



y, el segundo, decir una palabra sobre el contenido y relación entre las categorías ética y moral. En lo que respecta a la expresión normativismo, entendemos por ella, tal como lo describíamos en la introducción a estas líneas, la tendencia a proponer normas, códigos y marcos reglamentarios para controlar, ordenar y promover una mejor conducta entre los individuos, de cara al logro de unos objetivos propuestos; en este sentido, el normativismo consiste en el reconocimiento, consciente o inconsciente, de que, ya sea el bien, la justicia, el derecho o “lo correcto”, se pueden expresar en unas normas o disposiciones precisas, cuyo cumplimiento, de cierta manera agota el objetivo o el valor que se quiere realizar.

En lo que respecta a la relación entre ética y moral, cuestión siempre debatida, y, de cierta manera, siempre en construcción, quisiéramos acogernos a dos criterios; el primer propuesto por José Luis L. Aranguren quien afirma que «la ética es la moral pensada y la moral es la ética vivida», precisión que destaca el carácter conceptual, fundamental y reflexivo de la ética, y la connotación práctica, concreta y subjetiva de la ética. Desde esta precisión toda conducta humana es por esencia «moral», al ser la concreción de unos valores y unos criterios de un individuo dado, pero no toda conducta moral está fundamentada éticamente, es decir, que no se pueden aportar «razones», en el pleno sentido de la palabra, para justificar cualquier tipo de conducta, lo que implica que hay conductas que son manifiestamente injustificables en términos racionales. Esta nota de Aranguren, nos sirve para precisar, de entrada, que cuando hablamos, en un sentido estricto de la expresión, de educación ética, estamos refiriéndonos a los criterios que pueden fundamentar una conducta, y no estamos hablando, de manera precisa de qué conductas «son buenas o deseables» y de cuáles «no lo son».

Esta distinción nos ofrece una primera pista para dilucidar la cuestión de la educación moral, y es que el problema no es, fundamentalmente, el que el individuo «sepa qué está mandado o prohibido», sino que comprenda cuáles son las razones por las cuales dicha conducta es deseable o no. Esto nos permite concluir que, una de las facetas de una mejor educación moral, parte del supuesto de que el ladrón, el delincuente o el corrupto no necesitan «saber si la conducta está prohibida o permitida», ya que de hecho, en la inmensa mayoría de casos lo saben, sino «por qué debe evitarse o por qué debe realizarse determinada conducta en determinado momento». Igual sucede con la «amenaza de la sanción», en la cual, el asunto no es que el delincuente o el corrupto no sepan que habrá una sanción, más o menos grave, sino que hay unas «razones que hacen que otras conductas sean más deseables y aconsejables que aquella que se está prohibiendo». En un lenguaje coloquial, y apelando a un conocido refrán para adaptarlo a nuestra reflexión, podríamos decir que «una adecuada educación ética no se especializa en dar los peces, sino en enseñar a pescar», es decir, una educación ética, entrena en el razonamiento moral para una mejor toma de decisiones, y no se reduce a sentenciar «haz aquello o evita esto», ya que, tal como nos enseña la experiencia, no es el desconocimiento de la norma ni la ignorancia del castigo, lo que impulsa

al delito, o en el caso de la gestión pública a la falta de transparencia o a la corrupción, sino otros factores más complejos.

El segundo criterio que quisiéramos proponer, después del de Aranguren, pertenece a las perspectivas ético-políticas en clave hermenéutica, es decir de aquellas que, conscientes del carácter interpretativo del conocimiento humano, se dirigen, no a la humanidad en abstracto, sino a un tipo de sociedad concreta, y más precisamente a las sociedades pluralistas, como lo son la mayoría de nuestras sociedades latinoamericanas actuales. Este tipo de propuestas éticas, como en el caso de John Rawls, de Paul Ricoeur o del mismo Habermas, del cual hablaremos después, parte de una distinción *entre lo justo y lo bueno*, entendiendo por *lo justo* un sustrato común valores de la sociedad, el cual debe servir de fundamento para la construcción de los proyectos particulares de vida buena, y el cual debe ser «reconocido y respetado por todos»; por su parte, *lo bueno*, tiene un carácter subjetivo y particular, y debe estar fundado dentro de los márgenes de lo justo, y en ningún caso, por fuera de ellos.

Esta distinción entre lo justo y lo bueno, es expresada por los especialistas de diversas maneras; así John Rawls habla, refiriéndose a lo justo, de una «noción de justicia de estructura básica de la sociedad», en tanto que lo bueno consistiría en «las ideas comprensivas del bien»; por su parte, Adela Cortina habla de «mínimos de justicia» y de «máximos de felicidad»; Paul Ricoeur habla literalmente de «lo justo como aquello que se ubica entre lo legal y lo bueno», distinciones, que teniendo un mismo trasfondo nos ofrecen una pista fundamental para la educación ética, la cual podríamos expresar diciendo que, si la ética es ese sustrato común, racional y razonable, y si la moral, es un asunto particular y subjetivo, nunca por fuera del marco ético, es necesario velar porque «la educación ética, desde y para, la función pública, sea verdaderamente una *educación ética*, y no una *educación moral*».

Esta afirmación tiene una explicación y una justificación elemental, estando, como estamos, en el seno de sociedades complejas y moralmente pluralistas, y es que, si alguien intenta proponer como «algo justo» aquello que, en realidad, pertenece a «su esfera del bien», sólo va a encontrar, rechazo, oposición e ineficacia de tales normas. En este sentido, es fundamental entender que, cuando se trata de formación ética de la gestión pública, solamente serán «eficaces» aquellas disposiciones o criterios éticos que, los funcionarios, en particular, y la sociedad, en general, reconozcan como *expresivos de su comprensión de la justicia*, ya que si, como suele suceder, se vislumbra en la norma un sesgo que no se sintoniza con «el sentir social de la justicia», ya sea determinado racional o dialógicamente, ni los funcionarios ni los ciudadanos acogerán dichas disposiciones.

En síntesis, e integrando los dos criterios expuestos, una educación ética de la función pública, debe ofrecer razones y argumento éticos para una mejor toma de decisiones, siendo, dichas razones y argumentos,

expresiones « no de bien, sino de lo justo ». En este punto, resulta ilustrativa una frase de Adela Cortina que reza que « la ética no se ocupa del bien, sino de lo mejor posible », expresión muy acertada si comprendemos que, en medio de sociedades moralmente pluralistas, como las nuestras, hay múltiples nociones del bien que, en la mayoría de los casos, son inarticulables, siendo « lo justo » una categoría siempre en elaboración y reformulación, en virtud del carácter interpretativo del ser humano y de las limitaciones de toda expresión lingüística.

Pasando al rescate histórico de aquellos que, voluntaria o involuntariamente, han contribuido con el normativismo, y cuando decimos voluntaria o involuntariamente, partimos del hecho de que, en muchos casos, unas son las afirmaciones de determinado autor, y otras son las interpretaciones insustentables de su pensamiento; sin embargo, más allá de las discusiones hermenéuticas a que hubiere lugar, quisiéramos centrarnos en cuatro personajes, que pudiéramos calificar, tal vez injustificadamente, de impulsores del normativismo. Vale la pena decir que en este punto, sólo vamos a referirnos a aquellos pertenecientes a la tradición filosófica occidental, siendo conscientes de que, deliberadamente, dejamos por fuera otras vertientes de pensamiento, como la teológica, las cuales pueden tener igual o mayor influencia en este tipo de comprensión de la ética.

En aras de la concisión nos referiremos panorámicamente a Sócrates, Spinoza, Kant y Kelsen. En lo que se refiere a Sócrates, reconociendo la ausencia de un legado escrito, nos atenemos a una de sus frases, recogida

por sus discípulos, que parece ser expresiva, no sólo del racionalismo de la época, sino, principalmente del sentir moral del siglo de Pericles: « nadie hace el mal sino por ignorancia ». Esta afirmación, que muchos recogen como la fundadora del « intelectualismo ético », es decir, de aquella postura, antes mencionada, que relaciona, directamente, los conocimientos con las acciones, determina toda una pedagogía de la ética articulada sobre la del saber.

Más allá de las críticas que hemos realizado anteriormente al vínculo entre el saber y el actual, en este punto quisiéramos resaltar un hecho decisivo que pone en entredicho el intelectualismo ético, comprendido como impulsor del normativismo, que dice que « a la hora de tomar decisiones, los seres humanos somos determinados por una serie amplísima de factores que no se pueden reducir, sólo ni principalmente, al conocimiento ». Obviamente el conocimiento de la licitud o ilicitud de la conducta juegan un papel importante la toma de decisiones, pero no hay que olvidar un elenco inmenso de sentimientos, valores y motivaciones que se muestran muy activos a la hora en que decidimos; por hablar sólo de algunos, podemos mencionar el amor, el miedo, las influencias de otro (s), las necesidades, la ambición, el placer, etc., siendo estos determinantes más comunes de lo que creyéramos, y que se conjugan con el conocimiento a la hora del actuar. El normativismo es, de cierta manera « hijo de Sócrates », puesto que se presume que una norma escrita, de manera clara y precisa, constituye un elemento básico de « conocimiento ético », y, desde esta « lógica », a más normas habrá un mejor conocimiento, y a través de él un mejor comportamiento.





En lo que se refiere a Spinoza, con su propuesta moral racionalista, en la misma línea de Descartes, su concepción moral queda patente en el título de una de sus obras, tal vez la principal *Ética demostrada según el orden geométrico*, tratado que intenta demostrar que las cuestiones morales deben tratarse con la misma precisión y exactitud que las ecuaciones matemáticas. En este sentido, para poder tratar los asuntos éticos, y sus trasgresiones, con claridad meridiana, es necesario que las normas sean, como en el ideal de las ideas precisado por Descartes, « claras y distintas ». Esta moral, de estructura matemática, requiere la precisión previa de lo que se debe y de lo que no se debe hacer, tendencia que lleva a que se busque, cada vez con más precisión, un elenco de normas que prescriban, prohíban o permitan con claridad y distinción.

Como culmen del proceso evolutivo del racionalismo, Kant culmina este edificio conceptual, en el plano moral, con su famosa propuesta del imperativo categórico, el cual, al expresar el deber de manera autónoma, postula la razón como legislador universal, dando pie a lo que muchos, como Max Scheller, han criticado de formalismo moral. Más allá de las complejidades de la propuesta moral de Kant, muy atrayente, por demás, en razón de su ejemplar fundamentación de la dignidad humana, es necesario precisar que es, precisamente, el formalismo racionalista uno de los principales ingredientes del proyecto de la codificación desarrollado en el siglo XIX.

En efecto, el proyecto de la codificación parte del supuesto de que la razón puede descender, con igual validez universal, y convertirse en código, de tal manera que las expresiones normativas, son expresivas de ese bien y deben ser universales. Desde esta premisa, el código debe expresar, a través de las normas y de los principios que contiene, la expresión de la ética universal determinada racionalmente.

El problema, por todos conocido, es que esta tendencia codificadora, pareciera un proceso « ad infinitum » ya que cada día se promulgan cientos de miles de normas, las cuales, desafortunadamente, tienen una muy precaria realización, en cuanto a lo que al logro de sus objetivos se refiere. De ahí la validez de la pregunta por la función y el sentido del normativismo a la hora de formar éticamente a los servidores públicos, y, a través de éstos, a la ciudadanía en su conjunto.

El último personaje al que quisiéramos hacer una breve mención es el eminente jurista vienés Hans Kelsen, considerado por muchos, con razón, el filósofo del derecho más influyente del siglo XX, pero cuando decimos « el más influyente », no estamos diciendo « el más positivamente influyente », o, en honor a la justicia « aquel cuyas interpretaciones han generado resultados más positivos ». El sentido de esta última precisión obedece a dos constataciones; la primera, es que Kelsen, con válidas razones, como fueron las de impedir las manipulaciones del derecho por parte del Nacional socialismo nazi, separó taxativamente el derecho de la política, y no sólo de ésta sino también de la moral y de la sociología, queriendo, con este procedimiento, constituir el derecho como una ciencia rigurosa, según el modelo de las ciencias naturales, a las cuales Kant les había ofrecido una excelente fundamentación en la *Crítica de la razón pura*.

Dicha separación entre derecho, política, ética y sociología, generó una identificación entre el derecho y la norma, fenómeno que desembocó en la convicción de que el enunciado normativo era suficiente para designar lo justo. Con los subsidios de los pensadores antes mencionados, y con otros más, la propuesta kelseniana desembocó en un normativismo en el que las normas se proponen sin ninguna conciencia de sus referentes políticos, éticos o sociológicos, ya que éstas sólo se validan por criterios de





jerarquía o de procedimiento.

Teniendo el servicio público una esencial connotación legal, el normativismo kelseniano intervino la ética de la función pública, la cual vino a entenderse como el simple enunciado de normas y codificaciones, al punto que, como se mencionó en la introducción, en muchos casos no es posible entender, a no ser por su título, la diferencia entre un reglamento interno de trabajo, un código disciplinario y un código de ética.

## II. El aporte de Jürgen Habermas.

Una de las notas centrales del pensamiento kelseniano es su énfasis en la validez de las normas, tal como lo testimonia, tal vez su obra principal, *La teoría pura del derecho*. Si la validez es un predicado que se refiere a la coherencia interna y al ordenamiento, igualmente interno, de un sistema de normas, el dejar por fuera a la política, a la ética y a la sociología, descarta el reconocimiento de que toda norma, ya sea jurídica o ética, debe ser, no sólo válida, sino legítima y eficaz, para que cumpla con su función.

Es precisamente respecto de este punto, el de la articulación entre legitimidad, validez y eficacia, que tiene un profundo significado la obra de Habermas, la cual aplica su principio discursivo, tanto al razonamiento ético como al jurídico.

A esta altura de la reflexión podemos entonces preguntarnos si no es el normativismo una mirada parcial sobre el fenómeno ético, y también jurídico, ya que insistir « solamente en normas y reglamentos » es creer, a nuestro juicio equivocadamente, que la legitimidad y la eficacia no forman parte del deber ser ético y jurídico.

En la intuición de Habermas, la gran deficiencia del pensamiento moral y jurídico kantiano, consistió en ser una perspectiva moral « monológica », que partía del hecho de que un solo individuo, haciendo uso de su razón, podría encontrar el deber ser. En este sentido, Habermas aclara que la razón no es monológica, sino que es dialógica, es decir intersubjetiva, así que la racionalidad de las normas debe pasar por el prisma del consenso para que adquiera así su legitimidad, y se garantice también su eficacia.

El diálogo habermasiano es básicamente un mecanismo que, haciendo la distinción mencionada entre lo bueno y lo justo, intenta determinar consensualmente lo justo, al aplicar el principio de la incorporación de los intereses de todos los afectados en el ejercicio de construcción de los consensos.

Desde esta perspectiva, es necesario, tal como lo propone Adela Cortina, distinguir entre consenso y acuerdo. Al acuerdo se llega negociando, transando, es un juego de tira y afloja, en tanto que el consenso ya está ahí, y se dialoga no para negociar su contenido, sino para aclararlo, ya que las limitaciones del lenguaje no permiten precisarlo en primera

instancia.

Teniendo la ética de la función pública, un profundo sentido político, no en el plano partidista ni ideológico del término, sino en su perspectiva social, una ética dialógica se impone como un fundamento de legitimidad ética, la cual, construyéndose a través de la institucionalización de espacios democráticos para el debate, puede contribuir eficazmente a la paz social.

En este sentido, la propuesta habermasiana permite integrar, a través de la ética del discurso, la legitimidad política, la validez jurídica y la eficacia social de unas normas que se auto-reconocen en constante proceso de reelaboración, y que, por tanto, el diálogo debe ser permanente, permitiendo, en todo momento, una argumentación racional que reformule lo justo en medio de sociedades pluralistas.

## III. Criterios pedagógicos para la promoción de la ética de la función pública.

Al hacer una crítica del normativismo, no hemos querido hacer una descalificación total de las normas y de su utilidad en el plano ético y jurídico, sino que se ha pretendido « relativizar » su capacidad como únicos elementos para la promoción de los objetivos que se quieren conseguir, por esto, es necesario aclarar que las normas éticas son útiles, aunque no suficientes para el logro de una acción moral fundamentada. En este sentido, conviene aclarar que las normas, fruto de un proceso dialógico, como el que venimos de comentar, en diálogo con principios de una moralidad universal ya consolidada, como en el caso de los derechos humanos, son de una enorme utilidad, pero velando que sean estrictamente cumplidas; en este sentido un criterio pedagógico se podría expresar diciendo que *hay que vigilar que las normas propuestas tengan el aparato coactivo correspondiente para garantizar su eficacia*, ya que, una falta no sancionada, se convierte en incentivo para nuevas faltas.

Un segundo criterio pedagógico viene dado por la tradición empirista, o del sentimiento moral, la cual parte del supuesto, tal como lo expresara Hume, que « las distinciones morales no se derivan de la razón », de ahí que, *el factor experiencial resulte básico para el aprendizaje moral*; en este sentido las experiencias propias del funcionario y/o del ciudadano, al ser reflexionadas críticamente, se constituyen en una fuente, de primer orden para el aprendizaje moral, como sucede, a otro nivel, con el método del ARL (action, reflection, learning); igualmente sucede con las experiencias ajenas, como en el estudio de casos, o con las experiencias inducidas, como en la metodología *out door*.

Un tercer criterio se articula en torno del valor ético de los símbolos y de las mediaciones rituales, que se sintonizan con la propuesta de la religión civil de Rousseau. En este sentido, *el impulso a una identificación con elementos simbólicos como banderas, escudos, historias o personajes, y la promoción de rituales y celebraciones, han sido y pueden ser una importante fuerza*



*motivadora*, que utilizada correctamente, puede conducir a una vivencia de una ética de la función pública. En este sentido, cuando usamos la expresión « utilizada correctamente », queremos dar a entender que, también la historia, nos ofrece funestos ejemplos de un mal uso de la religión civil, la cual ha llevado al fanatismo y a la xenofobia, entre otros.

Un cuarto criterio viene dado por una recuperación, para la ética de gestión pública, de la tradición eudemonista o neo utilitarista de la ética, mediante la cual se motiva la conducta ética del individuo a través de un realce de su felicidad como consecuencia de su actuar ético. La enorme fuerza histórica que tiene esta perspectiva, se enraza en el hecho de que, según la precisa enunciación de Aristóteles, todos los seres humanos buscamos la felicidad a través de nuestras decisiones; en este punto, el valorar las consecuencias de la acción ética se convierte en un poderoso motivante, que puede ser coadyuvado por la utilización del sentimiento moral, antes mencionado.

Por último, un adecuado criterio de formación ética, puede deducirse de la correlación que se da entre la acción correcta y el proceso de desarrollo humano del sujeto. Si entendemos el desarrollo humano, en el sentido de la promoción de las capacidades de Amartya Sen, tendremos un comportamiento más ético en la medida en que tengamos ciudadanos y funcionarios más libres y más capaces.

*« Las distinciones morales no se derivan de la razón », de ahí que, el factor experiencial resulte básico para el aprendizaje moral; en este sentido las experiencias propias del funcionario y/o del ciudadano, al ser reflexionadas críticamente, se constituyen en una fuente, de primer orden para el aprendizaje moral.*

#### **Bibliografía:**

- APEL, K.O.: «Teoría de la verdad y ética del discurso». Barcelona, Paidós, 1991.
- CAMPS, V.: «Virtudes públicas». Madrid, Espasa Calpe.
- CAMPS, V.: «Los valores de la educación». Madrid, Alauda, 1993.
- CORTINA, A.: «Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica». Madrid, Tecnos, 1986.
- CORTINA, A.: «Ética sin moral». Madrid, Tecnos, 1990.
- GUIÑÁN, E.: «Razón y pasión en ética. Los dilemas de la ética contemporánea». Barcelona, Anthropos, 1986.
- HABERMAS, J. «Teoría de la acción comunicativa». Taurus, Madrid, 1987.
- HABERMAS, J. «Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso». Trotta, Madrid, 1998.
- MAC INTYRE, A.: «Historia de la ética». Barcelona, Paidós, 1988.
- RUBIO CARRACEDO, J.: «El hombre y la ética». Barcelona, Anthropos, 1987.
- RAWLS, J. «La justicia como equidad: una reformulación», Paidós Ibérica, 2001.
- SINGER, P.: «Ética práctica». Barcelona, Ariel, 1984.

## Los Mecanismos Alternos en la solución de conflictos como herramienta pedagógica en la participación ciudadana: El programa de Mediación Comunitaria en Panamá.

Karen Palacios



*La participación ciudadana en los asuntos públicos constituye una de las características más destacadas en un Estado Moderno de Derecho. Es sin duda, una fortaleza de las democracias y un mecanismo que permite combatir la corrupción.*

*Esta participación tiene diversas formas de manifestarse, la implementación de mecanismos alternativos de solución de conflictos es una de ellas.*

Resolver los conflictos de la colectividad de manera más expedita y pacífica, ha sido una de las medidas más destacadas en los procesos de reforma de la administración de justicia en Latinoamérica. Mecanismos alternos a las formas tradicionales de justicia, llámense conciliación, mediación, arbitraje, negociación, entre otros, traen consigo tantas ventajas, motivado su práctica de manera pública y privada. Pues no sólo ayudan a descongestionar el sistema o reducen la mora judicial, sino también son un medio de restaurar el tejido social deseado por el conflicto desde sus bases, a través del diálogo y la comunicación directa que buscan satisfacer plenamente los intereses de las partes en conflicto y preservar las relaciones familiares, laborales o vecinales, situación que generalmente no se logra en un proceso de litigio.

En Panamá, el proceso de reforma judicial ha estado marcado por una activa participación ciudadana. En general, durante este ciclo todos los planes o propuestas que surgieron, contemplaban la implementación de mecanismos alternativos de solución de conflictos. El plan de agilización de la justicia que implementó el poder judicial en el año 2003 incluía medidas urgentes para agilizar los procesos judiciales en las distintas jurisdicciones, una de ellas la mediación. A su vez, el Plan Estratégico 2002 – 2004 incluía una alta y estratégica participación ciudadana, en la resolución alterna de conflictos y comunicación. Entre sus metas estaba lograr la participación de la sociedad civil a través de sus organizaciones, en el apoyo a la creación de una cultura de paz y en el respaldo a la gestión de administrar justicia (Alianza Ciudadana Pro Justicia, 2004:49).

En el año 2005 en Panamá, todas las instituciones públicas involucradas con la administración de justicia y representantes de la sociedad civil organizada suscribieron un Pacto de Estado



por la Justicia. Se hizo un trabajo técnico por comisiones que dio como resultado una agenda de reformas y propuestas a ejecutar a corto, mediano y largo plazo.

Una de las acciones dentro de sus áreas prioritarias denominada “acceso a la justicia” señala, implementar la mediación y otros métodos de resolución pacífica de conflictos, y más específicamente crear centros de mediación comunitaria bajo la responsabilidad de la

Procuraduría de la Administración.

Dado que el informe o estudio técnico de la Comisión había revelado que en Panamá no había un sistema expedito y de fácil acceso al ciudadano para resolver sus disputas, ya sea por la distancia de los tribunales o la rigurosidad del trámite para arribar a una solución, se planteó como una de las medidas más urgentes, la implementación de mecanismos como la mediación, no sólo en la esfera judicial, sino también en la justicia local.

La Procuraduría de la Administración cumpliendo con este compromiso de Estado, impulsó desde el año 2006 la regulación de la mediación en el ámbito de la comunidad e implementó el Programa de Mediación Comunitaria. Con este programa se legitima a los propios miembros de la comunidad, capacitándolos como mediadores, y empoderándolos de una valiosa labor a favor de la gestión pública, cuanto ejercen una forma de justicia, más expedita e imparcial a favor del bien común y la cultura de paz.



## II. Marco Conceptual y Legal

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos son aquella vía generada por la creciente demanda de servicios de justicia de las sociedades recientes.

(Pallares – 2003:07) En sus diversas formas y estilos, y según las necesidades del sector público o privado, todos se plantean como una vía segura y eficaz que ofrece nuevas posibilidades de solución, y donde las partes son las principales

protagonistas.

Se señala comúnmente como métodos alternos a todos aquellos mecanismos que no forman parte del sistema tradicional, o formal de resolver conflictos, es decir la justicia ordinaria, más sin embargo, están legitimados legalmente y/o culturalmente en las sociedades modernas contemporáneas.

De todas sus formas, las más comunes y eficaces

han resultado ser el arbitraje, la mediación, la conciliación, la evaluación neutral y el mini-juicio. Sin embargo en el ámbito norteamericano destacan otros como el juicio sumario por jurado, semana de convenios o transacciones o settlement week y el arrendamiento de jueces o rent-a-judge.

En Panamá, el arbitraje, la mediación y la conciliación surgen a la vida jurídica en distintas épocas y leyes dispersas, sin embargo, hace

apenas una década se regula como un régimen general contenido en el Decreto Ley N° 5 de 8 de junio de 1999. En nuestra Constitución Política en sus reformas del Acto Legislativo N° 1 de 2004 se elevó a rango constitucional la Justicia Arbitral, lo cual nos coloca en una posición privilegiada respecto a otros países por la seguridad jurídica que ofrecen los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Siguiendo con este importante avance legislativo y constitucional, y en aras de cumplir con las propuestas del Pacto de Estado por la Justicia, se logra la aprobación del Decreto Ejecutivo N° 777 de 21 de diciembre de 2007 que regula la mediación comunitaria en nuestro país. Con la mediación comunitaria surge una especial oportunidad para miles de ciudadanos y ciudadanas que hasta ese momento no tenían acceso a un sistema alternativo gratuito y al alcance de sus manos. Además de la posibilidad de formarse como mediadores para su comunidad, pues antes de dicho Decreto sólo podían ser mediadores, profesionales con un curso o formación especializada superior, ahora es posible que un ciudadano humilde de nuestros campos o barrios urbanos, pueda serlo sin más formalidades que las que le exige el Decreto y con la clara intención de servir de facilitador de dos o más partes en conflicto, de manera gratuita y amigable.

Bajo el mismo concepto de que la mediación “Es un procedimiento en el cual un tercero neutral utiliza técnicas especiales, actúa para alentar, estimular y facilitar la resolución de un conflicto sin indicar cual debe ser su solución”, (Tapia Greco, 1992) la mediación comunitaria, según el Decreto Ejecutivo 777 en sus considerandos, constituye un instrumento fundamental para el mejoramiento del acceso a la justicia de los ciudadanos y la promoción de una cultura de paz. A su vez, los principios que la orientan son los mismos que establece el Decreto Ley 5 de 1999 para la mediación, tales como la autonomía de la voluntad, confidencialidad, neutralidad, imparcialidad, economía, eficacia, gratuidad y se introdujo uno muy particular que se denominó y “acceso a la justicia”. (Artículo 13).

Este último principio que constituyó el principal fundamento para desarrollar la mediación comunitaria en el marco del Pacto de Estado por la Justicia, ha sido parte del movimiento de reformas de desjudicialización y que en palabras de Mauro Cappelletti, ha representado, en los últimos decenios, quizá la más importante expresión de una transformación radical del pensamiento jurídico y de las reformas normativas e institucionales de un creciente número de países. (Vintimilla Saldaña, 2000: 145).

Cappelletti, quien además ha denominado como “tercera ola” del movimiento para el acceso a la justicia, al enfrentamiento del problema propiamente procesal, explica que las alternativas coexistentiales, más conocidas como métodos alternativos, pueden ser desarrolladas por personas que, sin ser necesariamente expertas en derecho (legas), están

en contacto más directo con las partes y con sus problemas y pueden aportar, por tanto, un elemento de equidad a la resolución. Además señala que para el efecto se han instituido jueces de paz o conciliadores (mediadores) que con frecuencia no son juristas profesionales, así como organismos informales para la solución de causas de menor cuantía.

La mediación comunitaria concebida como la aplicación de las mismas técnicas de mediación, incorporadas al ámbito de los conflictos comunitarios y practicada por miembros de esa comunidad que se apropian del mecanismo para solucionar sus propios conflictos desde una estructura informal y local, no judicial, donde interviene un tercero neutral entre dos o más partes en conflicto para buscar una solución acorde a los intereses de ambos, constituye una herramienta valiosa como mecanismo de acceso a la justicia.

Sin lugar a dudas, y dadas tales consideraciones, la mediación comunitaria se sustenta en valores y principios que podemos definir en tres categorías:

- a. Como mecanismo de acceso a la justicia: en tanto privilegia la eficiencia en lograr acuerdos para aliviar la congestión de los tribunales.
- b. Como mecanismo de transformación social: pues enfatiza la importancia de reestructurar la sociedad y reducir la violencia interpersonal al prevenir la escalada de los conflictos. Se crea un nuevo sentido de la comunidad donde participan activamente sus miembros generando soluciones.
- c. Como mecanismo pedagógico para el desarrollo personal: se





genera un nuevo capital social pues fortalece la autoestima y desarrolla las propias habilidades de cada individuo para resolver sus conflictos. El proceso de mediar disputas hace sentir a la gente, a diferencia de los tribunales, más humana y responsable.

La mediación como mecanismo alternativo responde a un concepto o una forma distinta de solución a los problemas; frente a un juez o autoridad que juzga y decide sobre una causa, serán las propias partes las que decidirán la solución a sus problemas; frente a procedimientos extensos y estrictamente formales, este método permite a las partes soluciones inmediatas ahorrando tiempo y costos; ante una justicia adversarial que, tal como está diseñada equivale a una lucha permanente entre partes, que desgasta y disminuye las posibilidades de soluciones armoniosas, la mediación el entendimiento pacífico, fundamentado en el dialogo y la comunicación permanente entre las partes.

Para ser mediador comunitario en Panamá, el Decreto Ejecutivo 777 de 2002, estableció requisitos especiales, distintos al de un mediador profesional. Los requisitos mínimos son poseer la nacionalidad panameña, ser mayor de 21 años, haber culminado estudios primarios, haber recibido capacitación en mediación comunitaria por un mínimo de 40 horas, estar inscrito en un Centro de conciliación y mediación comunitaria y no haber sido condenado por delito de prevaricación, falsedad o estafa (artículo 20). Al igual que los mediadores profesionales deben solicitar su idoneidad ante el Ministerio de Gobierno y Justicia.

#### **IMPLEMENTACIÓN DEL PROGRAMA DE MEDIACIÓN COMUNITARIA**

En el año 2006 la Procuraduría de la Administración da un paso adelante en cumplimiento de una de las metas del Pacto de Estado por la Justicia y siguiendo una de sus funciones legales, “mediación de conflictos en el ámbito administrativo”. Se inicia así el Proyecto de Mediación Comunitaria que tenía por objetivo en ese momento, mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia a través de la creación de 5 Centros Pilotos de Mediación Comunitaria y la formación de mediadores comunitarios.

En este contexto, y siguiendo la visión de una nueva gestión pública que busca fomentar en los individuos valores y capacidades que les permitan ser agentes de cambio, para un desarrollo sostenible, la Procuraduría consideró pertinente invertir en un nuevo capital social, en hombres y mujeres con un perfil de liderazgo y colaboración que estuvieran dispuestos a participar en un proyecto institucional, pero de impacto social en calidad de voluntarios para cumplir un nuevo rol, como mediadores de los conflictos de su comunidad.

El proyecto en su etapa inicial contemplaba sensibilizar a las comunidades pilotos y seleccionar de ellas los líderes que serían formados como mediadores. A su vez constituir cinco centros de mediación en los Municipios o Juntas Comunales respectivas. Esto fue posible gracias al acercamiento con las autoridades locales que permitió la firma

de convenios de cooperación. Así dimos inicio a una larga tarea de coordinación y trabajo en equipo que marca un precedente en el desarrollo de proyectos entre entidades públicas centrales y descentralizadas con una marcada participación ciudadana.

La segunda etapa del proyecto que hemos denominado “Programa de Mediación Comunitaria”, se fortalece en su gestión pues se logra insertar en el Programa de Mejoramiento de la Administración de Justicia- Etapa II BID, que viene a apoyar las propuestas de reforma del Pacto de Estado por la Justicia con el financiamiento del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

La Procuraduría, que había ganado una experiencia en el trabajo comunitario en cinco corregimientos del país, formando líderes comunitarios como mediadores y promoviendo este nuevo mecanismo a los ciudadanos y ciudadanas hasta el año 2007, incorpora en el Programa que apoya el Banco Interamericano de Desarrollo a partir del año 2008 a siete nuevos corregimientos pilotos. El nuevo programa está incluido como un componente de acceso a la justicia, y conlleva la constitución de 12 Centros Pilotos de Mediación Comunitaria y la capacitación de mediadores comunitarios en los corregimientos pilotos ubicados en nueve de los 75 Distritos del país, que son: Panamá, San Miguelito, Chepo,



Portobelo, La Chorrera, Penonomé, Chitré, Soná, y David.

El Programa de Mediación Comunitaria tiene como meta implementar el ejercicio de la mediación a nivel nacional, capacitando líderes comunitarios como mediadores y estableciendo Centros de Mediación Comunitaria, que sirvan de espacios para la participación ciudadana y lograr así la solución pacífica de conflictos, en el ámbito comunitario con el objetivo de reducir la litigiosidad y promover una cultura de paz en las comunidades.

Hasta la fecha, hemos establecido cinco Centros de Mediación Comunitaria que funcionan en espacios municipales y comunales, con las limitaciones propias de nuestros municipios rurales y urbanos pero con los requerimientos básicos de un centro de mediación. Estos Centros operan en la comunidad y por miembros de ella, pues los coordina un mediador comunitario que trabaja a tiempo completo con la colaboración de un equipo de mediadores voluntarios que se proyectan hacia la comunidad, difundiendo el servicio que presta el centro.

Cuatro de los primeros cinco centros iniciaron operaciones a partir del

segundo trimestre del año 2008. El último inició operaciones en abril de este año.

Las estadísticas del año 2008 nos indican que se atendieron un total de 257 casos, de los cuales el 88% eran casos mediables, también se reportó un 64% de casos que finalizaron con acuerdos. En el año 2009, hasta el mes de septiembre se registran 325 casos, aumentando el porcentaje de acuerdos a un 69%.<sup>2</sup>

Con el fin de ampliar el acceso y el alcance del servicio que ofrecen los mediadores comunitarios a través de los respectivos centros, se ha implementado la mediación itinerante, es decir que los propios mediadores atienden casos "in situ" según los requerimientos de las partes y las condiciones que ofrezca el medio. Estos casos, y los acuerdos que de ellos resulten se inscriben en el Centro que corresponda, lo que permitirá además darle un seguimiento posterior para verificar el cumplimiento de los mismos. Según los indicadores del programa de mejoramiento de la administración de justicia se espera obtener un mínimo del 70% de acuerdos en los procesos de mediación realizados en los Centros Pilotos de Mediación Comunitaria.



<sup>2</sup>El 56% de los casos más comunes registrados en los Centros Pilotos de Mediación Comunitaria en el año 2008, corresponden a deudas, conflictos familiares, daños a la propiedad, servicios domésticos y servidumbres de paso.



El programa a su vez cuenta con un plan de capacitación anual que integra la formación de nuevos mediadores y la capacitación continua de los mismos en temas que surgen del análisis de necesidades de los propios mediadores en cuanto a su práctica cotidiana en los centros y

las evaluaciones realizadas en cada capacitación. Para dar cumplimiento a este plan, con el financiamiento del BID, se ha logrado un apoyo valioso de facilitadores nacionales e internacionales expertos en la formación de mediadores.

En la Procuraduría se han capacitado un total de 106 mediadores comunitarios que pertenecen a los doce corregimientos pilotos de nueve Distritos del país, de los cuales 66 cuentan con su idoneidad como mediador comunitario espedita por el Ministerio de Gobierno y Justicia. Se han incorporado al Programa mediadores



profesionales y mediadores comunitarios formados por otras organizaciones como Alianza Pro Justicia y la Defensoría del Pueblo.

Es importante destacar que para el éxito de este programa se ha definido como prioritario realizar un proceso continuo de selección de los ciudadanos y ciudadanas que se formarán como mediadores comunitarios. Para ello se organizan talleres de sensibilización con la misma comunidad, donde se logra un acercamiento y se da a conocer el programa, los beneficios de la mediación comunitaria y los requisitos para ser mediador.

De dichos talleres surgen candidatos que posteriormente pasan por una evaluación de expertos para identificar su perfil orientado fundamentalmente a la vocación que tengan de servicio social y a una trayectoria ética que lo legitime como un modelo para su comunidad.

El programa se encuentra en la fase de constituir los siete centros más y capacitar nuevos mediadores que estarán ubicados en los Distritos más poblados del país, pues comprende la urbe metropolitana y zonas limítrofes. Con la experiencia ganada en los cinco primeros centros que tienen a la fecha más de un año en funcionamiento, se espera replicar el programa en esta zona tomando en consideración las lecciones aprendidas en la etapa inicial.

#### IV. Logros y Metas

Al cabo de tres años de ejecutarse el programa de mediación comunitaria de la Procuraduría de la Administración hemos podido hacer un balance de los principales logros alcanzados, lecciones aprendidas y establecernos metas a corto y mediano plazo. Todo el esfuerzo que nació por una conjugación de participación ciudadana responsable y una gestión pública eficiente da como resultado hoy avances concretos en el tema de los métodos alternos de resolución de conflictos.

Algunos de estos logros a destacar son los siguientes:

1. Con el Programa de Mediación Comunitaria de la Procuraduría de la Administración aumenta el alcance de los métodos alternos de resolución de conflictos en Panamá, incorporando una nueva herramienta de solución de conflictos en las comunidades donde participan los ciudadanos como generadores de soluciones y no antagonismos, propiciando el diálogo y la corresponsabilidad de los individuos con la gestión pública local.
2. Se forman los primeros mediadores comunitarios del país y se regula de manera especializada la mediación comunitaria a través de un Decreto Ejecutivo en el año 2007.
3. Se logra comprometer en un programa de mejoramiento de la justicia de la nación, auspiciado por el BID, la constitución de doce centros pilotos de mediación comunitaria con el fin de mejorar el acceso de más ciudadanos a la justicia, sumándonos al auge global de procesos de reforma ideológica, constitucional y legal orientado a la búsqueda de un mejor nexo entre el derecho y la sociedad pluricultural y multiétnica que nos caracteriza.
4. Se establece un puente de coordinación y mutua colaboración entre la Procuraduría de la Administración como ente del Estado y los gobiernos locales o descentralizados denominados municipios en nuestro país. El programa de mediación comunitaria involucra la participación de los Municipios y Juntas Comunales que proveen el espacio físico donde se instalan los Centros, y son una pieza fundamental para la sostenibilidad del programa.
5. Se ha gestado la primera red de mediadores comunitarios del país, que promueven un cambio de paradigma en nuestra sociedad, transformando las comunidades desde la restauración de las relaciones desechadas por el conflicto, y motivando a las partes a ser protagonistas en la solución, enseñando un mecanismo pedagógico de participación ciudadana que promueve valores y colabora en la prevención de la violencia.

6. Miles de ciudadanos y ciudadanas de nuestro país cuentan ya con Centros de Mediación Comunitaria cercanos a ellos donde pueden solucionar sus conflictos de forma gratuita y rápida.

En el programa se han trazado las siguientes metas a corto y mediano plazo:

1. Tener instalados y funcionando doce Centros Pilotos de Mediación Comunitaria en nueve Distritos del país, que presten un servicio de calidad a los ciudadanos y ciudadanas de estas localidades con la participación activa de los mediadores comunitarios que se han formado para este propósito por la Procuraduría de la Administración.
2. Contar con la participación activa de los Municipios y Juntas Comunales de los Distritos y corregimientos pilotos, que conciben los Centros Pilotos de Mediación Comunitaria como un espacio de participación ciudadana independiente e indispensable para la sana convivencia social de la comunidad y los hacen parte de su gestión pública local.
3. Lograr el mínimo de 70% de acuerdos en los casos de mediación registrados en los Centros y verificados el cumplimiento de los mismos.
4. Lograr sensibilizar a toda la población donde impacta el programa sobre los beneficios de la mediación comunitaria y de esta manera incrementar el registro de casos atendidos en los centros o de manera itinerante, generando un clima de paz y convivencia social armónica.
5. Que la Red de Mediadores Comunitarios del país se convierta en el puente más cercano con los ciudadanos y ciudadanas para seguir llevando la mediación como una alternativa eficaz para solucionar los conflictos más comunes de sus comunidades y a su vez generar las herramientas que permitan la sostenibilidad a largo plazo del programa que los beneficia a todos.
6. Que el programa piloto de mediación comunitaria sea tomado como modelo a seguir en los demás municipios del



país, que deben empoderarse de su sostenibilidad, comprometiendo aún más la participación ciudadana por una cultura de paz y transparencia ética de la gestión pública local.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Alianza Ciudadana Pro Justicia. *Audito Ciudadano de la Justicia Penal en Panamá*. Editora Sibauste, Panamá, 2004.
- Canales Flaaut, Miguel Angel. *Manejo y Resolución Pacífica de Conflictos*. Segunda Edición, Panamá, 2001.
- Cardozo Sánchez, Livia. “La mediación comunitaria en Paraguay”, Ponencia del Primer Congreso Nacional y Regional sobre Arbitraje y Mediación: Acceso a la Justicia, Seguridad Jurídica y Alianzas estratégicas en el escenario de integración regional. Centro de Estudios de Justicia de Las Américas, mimeo.
- Ceville, Oscar, “Los Paradigmas del Sistema Judicial Panameño”, en *Gestión Pública*, N° 4, junio 2008, Panamá.
- Ceville, Oscar, “Mediación Comunitaria”, Ponencia del Primer Foro: Nuevos Ámbitos para la Mediación y el Arbitraje en Panamá, mimeo.
- Gottheil, Julio y otra. *Mediación una transformación en la cultura*. Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- Pallares Bossa, Jorge. *Arbitraje, Conciliación, y Resolución de Conflictos*. Primera Edición, Editorial Leyer, Colombia, 2003. 287 Páginas.
- Perafán, Betsy, “La justicia comunitaria dentro de la informatización de la justicia en Colombia durante la última década”, en *Publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, Año 1, N° 2.
- Sánchez Durán, Ana María, “La mediación y la administración de Justicia: nuevos retos frente al siglo XXI” en *Memorias del Primer Congreso Mundial de Arbitraje*, Panamá, 1999.
- Tapia, Graciela y Silvana Greco, “¿Dónde está mi adversario”, en *Revista Libra*, Año 1, N° 1.
- Vintimilla Saldaña, Jaime, “El desarrollo de la mediación comunitaria, factores jurídicos, políticos y técnicos de los jueces de paz en Ecuador”. En *Justicia de Paz en la Región Andina*. Editorial -Norma Gálvez Moya, primera edición. Bogotá Colombia, 2000.
- Wilde, Zulema, “La mediación: el cambio de paradigma de la justicia al servicio de la comunidad” en *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, N° 62.





# LA CRISIS DEL SISTEMA JUDICIAL PANAMEÑO

**M. Foucault y J. Habermas como referente**

Oscar Ceville

## **Introducción**

Este trabajo tiene como objetivo vincular a nuestra práctica jurídica los textos de las conferencias IV y V de Michel Foucault, tomadas de la obra “La Verdad y las Formas Jurídicas”, y el capítulo II de la obra Facticidad y Validez, de Jürgen Habermas.

Para el logro de este propósito, (I) partimos del planteamiento del problema relativo a la crisis del sistema judicial panameño. Expresamos en términos generales sus causas y las acciones encaminadas a encararla.

Identificado el problema, (II) procedemos al examen de dos conferencias de M. Foucault; una sobre “la sociedad disciplinaria y la exclusión” y otra relativa a “la inclusión forzada: el secuestro institución del cuerpo y del tiempo personal”. Concluido este ejercicio, (III) procedemos al examen del capítulo II de la obra Facticidad y Validez.

Finalmente, y a manera de conclusión extraemos de estos textos, aquellos aspectos que a nuestro juicio pudieran servir a los propósitos de enfrentar la crisis del sistema judicial panameño.

I

El sistema judicial panameño transita por una crisis que se resume en la pobre calidad de las resoluciones judiciales, la acumulación de procesos que trae como secuela la mora judicial, el uso ineficiente de recursos y el deficiente acceso ciudadano a la justicia. Esta situación hizo necesario que el Presidente de la República convocara a un Pacto de Estado por la Justicia, con la participación de los tres poderes del Estado, la Procuraduría General de la Nación, la Procuraduría de la Administración y la sociedad civil para enfrentar la crisis a través de una reforma judicial integral.

La crisis que padece el sistema judicial panameño, pareciera ser el resultado de un ordenamiento jurídico atomizado por una expedición inagotable de leyes y reglamentos, y el agotamiento de un sistema que no puede atender adecuadamente el servicio público de administrar justicia.

A juicio nuestro, la situación planteada es el resultado de la ubicación del derecho nacional dentro de los paradigmas del derecho dado, con una clara tendencia hacia una mezcla doctrinal-ideológica entre la corriente iusnaturalista y el positivismo, que ha marcado la manera de concebir, definir y aplicar el Derecho en Panamá.

II

Como sabemos, el Derecho ha evolucionado desde los paradigmas del derecho dado hasta los del Derecho construido o hermenéutico, pasando por los paradigmas críticos del Derecho, donde encontramos



a Michel Foucault, junto a Nino, Nietzsche, Marx y Negri, entre otros, concentrados fundamentalmente en criticar los paradigmas del derecho dado (iusnaturalismo, positivismo jurídico, imperativismo, decisionismo y la visión autopoietica).

Dentro de esta perspectiva, Foucault en las dos conferencias a las que hemos hecho referencia, critica la sociedad en la que vive, denunciando la vigilancia total y sin interrupción a la que se encuentran sometidos sus ciudadanos, que es una forma de saber apoyada en el examen de la conducta humana sometida a vigilancia, que el denomina panoptismo.

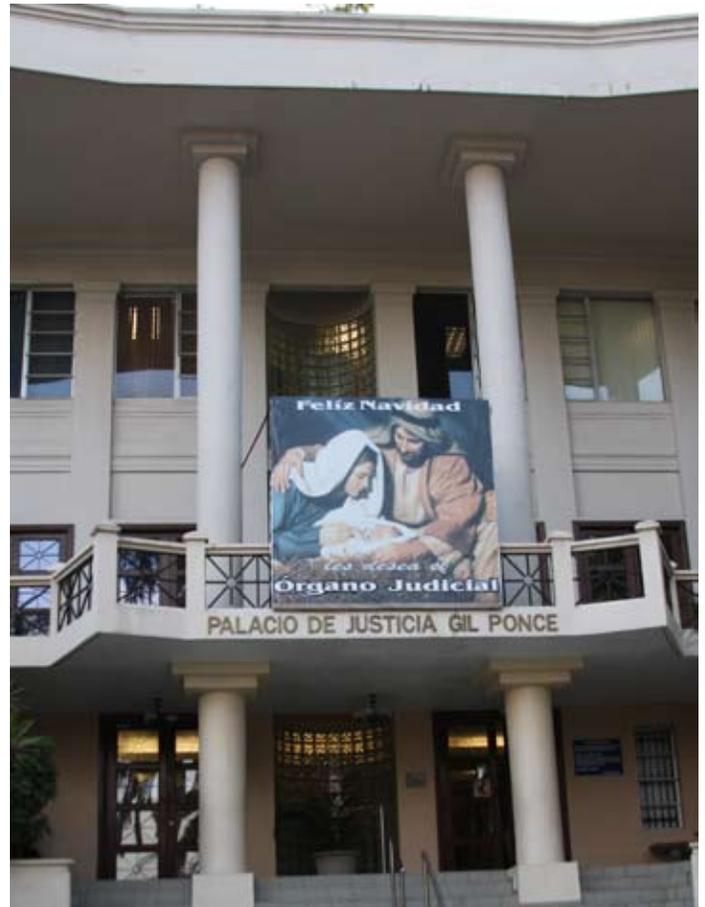
Define el panoptismo como una forma de vigilancia que se ejerce sobre los individuos de manera individual y continua, como control de castigo y recompensa y como corrección, es decir, como método de formación y transformación de los individuos en función de ciertas normas. Estos tres aspectos del panoptismo (vigilancia, control y corrección) constituyen una dimensión fundamental y característica de las relaciones de poder que existe en nuestra sociedad.<sup>1</sup>

En su crítica advierte sobre la institucionalización de esta vigilancia permanente sobre las personas que quedan sometidas a un poder que no solo los vigila y controla, sino que también construye un saber sobre aquellos a quienes vigila (maestro de escuela, jefe de oficina, médico, psiquiatra, director de prisión).<sup>2</sup>

Según Foucault, a diferencia del gran saber de indagación que se organizó en la Edad Media a partir de la confiscación estatal de la justicia y que consistía en obtener los instrumentos de reactualización de hechos a través del testimonio, emerge un nuevo saber totalmente diferente, un saber de vigilancia, de examen, organizado alrededor de la norma por el control de los individuos durante toda su existencia. Esta es la base del poder, la forma del saber-poder que dará lugar ya no a las grandes ciencias de observación como en el caso de la indagación, sino a lo que hoy conocemos como ciencias humanas: psiquiatría, psicología, sociología, etcétera.<sup>3</sup>

Según Foucault, a esta situación se llega cuando el conjunto teórico de las reflexiones sobre el derecho penal lideradas por Beccaria que racionalmente debió conducir a determinadas conclusiones, quedó deshecho por una práctica real, social, que condujo a resultados totalmente diferentes como la aparición de la institución de la prisión.

<sup>4</sup> Ubica la razón de este desvío en la nueva distribución espacial y social



de la riqueza industrial y agrícola que hizo necesarios nuevos controles sociales a finales del siglo XVIII, y agrega que, los nuevos sistemas de control social establecidos por el poder, la clase industrial y propietaria, se tomaron los controles de origen popular o semipopular y se organizaron en una versión autoritaria y estatal.<sup>5</sup>

Foucault sostiene que las instituciones (escuela-fábrica, hospital, prisión, entidades) tienen por función fijar a los individuos, a los que conserva secuestrados, manteniéndolos ligados a los aparatos de producción mediante el poder, y obtienen el saber de la observación de la conducta de los propios individuos a quienes mantienen bajo secuestro.

Esto es así porque para que existan las relaciones de producción que caracterizan a las sociedades capitalistas, es preciso que existan además de ciertas determinaciones económicas, estas relaciones de poder y estas

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michel. La Verdad y las Formas Jurídicas; Gedisa, Barcelona, 2003, p. 123.

<sup>2</sup> Ibid., p. 104-105.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid., p. 117

<sup>5</sup> Ibid., p.120



formas de funcionamiento del saber. Poder y saber están solidariamente enraizados, no se superponen a las relaciones de producción, pero están mucho más arraizados en aquello que los constituye.<sup>6</sup>

De lo expuesto, Foucault llega a la conclusión que la llamada ideología debe ser revisada.<sup>7</sup> Esta censura a las ideologías y al ejercicio del poder se hace al sistema desde la perspectiva de los paradigmas críticos y contiene la denuncia de la opresión y deshumanización de la sociedad (siglos XVIII y XIX) cuya causa fundamental es atribuible, según Foucault, a la revolución industrial y a la evolución del capitalismo.

Considero que esta perspectiva foucaultiana nos ayuda a comprender el diagnóstico crítico hecho sobre la realidad del subsistema judicial panameño, atascado en los paradigmas del derecho dado, que se expresa mediante una combinación de las concepciones del iusnaturalismo y del positivismo jurídico, dentro de un sistema económico y social poco evolucionado.

Como quiera que la crítica foucaultiana sólo sugiere revisar las ideologías, pero no ofrece respuesta al problema que plantea una sociedad caracterizada por las formulaciones doctrinales contenidas en el marco de los paradigmas del derecho dado, esa respuesta habrá que buscarla dentro de los paradigmas del derecho construido o hermenéutico. Desde esta perspectiva, a nuestro juicio, resulta adecuado atender la propuesta

---

*Esta perspectiva foucaultiana nos ayuda a comprender el diagnóstico crítico hecho sobre la realidad del subsistema judicial panameño, atascado en los paradigmas del derecho.*

---

discursiva de Jürgen Habermas.

III

Habermas sostiene que es el derecho moderno quien tiene que llenar los huecos funcionales de órdenes sociales que en sus operaciones de integración social se ven sometidos a exigencias que no pueden cumplir. Agrega que, en la medida en que se cobra conciencia del contenido ideal de la validez jurídica, conciencia que empieza plasmándose en las ideas de una organización y autoorganización conscientes de la comunidad jurídica tal como quedaron articuladas en el derecho natural racional, y ese contenido choca con los imperativos funcionales de la economía regulada por el mercado y de la administración burocrática, tal autocomprensión normativa suscita y se ve confrontada con, una crítica articulada en términos de ciencias sociales.<sup>8</sup>

Por un lado, el derecho tiene que mantener su fuerte pretensión de que ni siquiera el subsistema regulado a través del dinero y el subsistema regulado por el poder administrativo pueden sustraerse por entero a una "integración social" mediada a través de la conciencia social global; por otro, es precisamente esta pretensión la que parece ser víctima del desencantamiento del derecho por parte de la sociología. El problema radica entonces, nos dice, en cómo la sociedad aborda la contradicción.<sup>9</sup>

Para hacer énfasis en el papel del derecho como integrador social, Habermas acude a T. Parsons y expresa que éste, a diferencia de Weber, persigue la evolución social del derecho bajo el aspecto de la función que le es específica, a saber, el aseguramiento de la solidaridad social, y no sólo bajo el aspecto de la contribución que el derecho hace a la formación de la denominación política. Un derecho parcialmente autónomo sólo se constituye con el tránsito de las sociedades tribales a las culturas superiores.<sup>10</sup>

Este paso evolutivo viene caracterizado por una forma de organización estatal en la que el derecho y el poder político forman una curiosa síntesis. El Estado positivista, por un lado, la institucionalización de procedimientos de administración de justicia y de imposición del derecho que anteceden a, y quedan por encima de, las partes en litigio; por otro lado, el Estado sólo se constituye en forma de una jerarquía de cargos, articulada en términos de derecho, y se legitima a la vez a través de la forma jurídica del ejercicio administrativo de la denominación. Así, derecho sancionado estatalmente y poder político articulado en forma de derecho se exigen mutuamente. Y es en este nivel donde se forman los elementos que constituyen el sistema jurídico (normas primarias y

<sup>6</sup> Ibid., p. 148

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Troha S.S. Madrid, 1998. p.105.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Ibid., p.139

<sup>11</sup> Ibid.



secundarias y un sistema de administración de justicia).<sup>11</sup>

Ahora bien, si dentro de estos parámetros retomamos la sugerencia de Foucault en el sentido de que la llamada “ideología” debe ser revisada, y si por ideología entendemos “el conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una colectividad o de una época”, podríamos concluir que para lograr cambios en los paradigmas del ordenamiento jurídico y en particular, del sistema judicial panameño, será necesario consultar el pensamiento de la colectividad y alcanzar consensos y acuerdos con la participación de la sociedad civil.

En la línea de pensamiento propuesto, Habermas se apoya nuevamente en Parsons que entiende el Estado constitucional moderno desde la perspectiva de una juridización del poder político que se efectúa bajo las restricciones estructurales de los fundamentos racionales de validez del derecho moderno y que ayuda a dar forma y a implantarse a ese modo democrático de legitimación que viene anclado en la sociedad civil, en el espacio público-político y en el status ciudadano.<sup>12</sup>

Parsons, citado por Habermas, afirma la necesidad de tomar en cuenta a la sociedad civil como base para los procesos inclusivos y públicos de formación de la opinión pública y de la voluntad común de miembros de una comunidad jurídica libremente asociados.<sup>13</sup>

Según Habermas, los sistemas que son la economía y la Administración tienen la tendencia a cerrarse contra sus propios entornos y sólo obedecer a los propios imperativos dimanantes del dinero y del poder administrativo. Hacen añicos el modelo de una comunidad jurídica que se autodetermina a través de la práctica común de los ciudadanos mismos. La tensión entre una ampliación de la autonomía privada y ciudadana, por un lado, y la normalización foucaultiana que representa el goce pasivo de derechos paternalmente otorgados, por otro, viene inscrita en el propio status de los ciudadanos de las democracias de masas, articuladas en términos de Estado social. Una sociología que permanezca sensible a tensiones de este tipo, no puede renunciar, por tanto, a una reconstrucción

---

*Habermas también nos recuerda que en el caso de una acción orientada a, y por valores, los actores buscarán o apelarán a un consenso, mientras que en los casos de una acción guiada por intereses, buscarán un compromiso.*

---

<sup>12</sup> Ibid. p.138

<sup>13</sup> Ibid., p.141

<sup>14</sup> Ibid., p.144.

racional de los derechos ciudadanos desde la perspectiva interna del sistema jurídico.<sup>14</sup>

Dentro de este marco social el establecimiento de una sociedad justa descansará, no en la coerción jurídica, sino en la fuerza socializadora de una vida bajo instituciones justas.<sup>15</sup> Este razonamiento nos deja la pregunta de cómo en nuestra circunstancia concreta pueden establecerse esas instituciones. Se trata pues de cómo la concepción de una sociedad bien ordenada, desarrollada en un plano de la teoría normativa, puede quedar situada de tal suerte en el contexto de una cultura y de un espacio público existentes, que puede de hecho encontrar el asentimiento de los ciudadanos dispuestos a entenderse.<sup>16</sup>

Habermas propone el consenso a través de procesos dialógicos para encontrar ese asentimiento de los ciudadanos, dándole así legitimidad y eficacia al sistema jurídico.

### Conclusiones

Estimamos que frente al problema planteado al inicio de este trabajo, en relación con la crisis del sistema judicial y los esfuerzos que se realizan

para reformarlo, resultan pertinentes las sugerencias de Foucault en el sentido de revisar la llamada ideología, que a través de su crítica, entendemos, afecta la relación poder-saber, en detrimento del desarrollo humano. La pregunta es: cómo hacerlo.

Somos de opinión que para ello habrá que acudir al discurso dialógico, del consenso y el acuerdo, que propone Habermas. Mediante el primero, las instituciones deberán tratar de encontrar una base común con la sociedad civil, mediante el diálogo, o un acuerdo, mediante la negociación. Habermas también nos recuerda que en el caso de una acción orientada a, y por valores, los actores buscarán o apelarán a un consenso, mientras que en los casos de una acción guiada por intereses, buscarán un compromiso.<sup>17</sup>

Si como antes expresáramos, ideología puede ser definida como las ideas fundamentales que caracterizan el pensamiento de una colectividad, habrá que consultar a los ciudadanos, a la sociedad civil, como sugiere Habermas, para obtener consenso y acuerdos en cuanto al sistema judicial al que aspiran los panameños y en consecuencia en cuanto a las reformas que habrá que hacerle al sistema judicial para encontrar vías de solución a la crisis que padece el sistema.



<sup>15</sup> Para profundizar sobre este punto véase la obra de Paul Ricoeur Amor y Justicia. Caparrós, Madrid, 2000. p. 33 y siguientes.

<sup>16</sup> Ibid., p.123.

<sup>17</sup> Ibid., p.207.



# EL NUEVO REGIMEN DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE ADMINISTRADO POR LA CAJA DE SEGURO SOCIAL.

Salvatore Bacile Ladaris<sup>1</sup>

Como es de todos conocido la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005 que reforma la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social, estuvo enfocada en abordar el problema del régimen financiero que enfrenta esta institución y especialmente el déficit actuarial del Riesgo de Invalidez, Vejez y Muerte, que ya para el año 2004 se estimaba por el orden de los 4 mil millones de balboas.

Existen sin embargo, otra serie de situaciones pendientes de ser emprendidas, a fin de producir cambios legales específicos a las estructuras del Riesgo de Enfermedad y Maternidad y los Riesgos Profesionales, tarea pendiente para nuestros gobernantes.

El nuevo régimen de pensiones que se incorporó como parte de ésta solución en el año 2005 (tarea largamente postergada y deliberadamente evitada), es el resultado de un dialogo nacional, donde participaron todos los sectores de la sociedad panameña. El nuevo modelo transforma estructuralmente a invalidez, vejez y Muerte, frente a como fue concebido



en el año 1941, cuando mediante la Ley 23 de ese mismo año se crea la Caja de Seguro Social y se establece que el régimen financiero de éste riesgo fuera uno de reparto con capitales de cobertura, siendo éste último el que ha regido nuestro sistema de pensiones durante los últimos 60 años.

Es importante tener presente que la experiencia panameña no ha sido única. Antes que nosotros, muchos países del mundo y de nuestra América han impulsado reformas para atender éste grave e ineludible problema, que resulta del cambio de nuestras poblaciones (crecimiento del número de pensionados y la disminución de los contribuyentes al régimen), situación que ejerce una presión financiera insostenible en los sistemas tradicionales.

En buena parte de los casos, la experiencia ha sido extremadamente traumática, en algunos ha resultado simplemente imposible, dando lugar a una desestabilización sistémica de las instituciones políticas y sociales

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, egresado de la Universidad Santa María la Antigua, posee una maestría en International Business and Trade Law de The American University, Washington College of Law en Washington, D.C., Estados Unidos de América. También ha realizado el curso de Negotiation del Program of Instruction for Lawyers at PON en el Law School de Harvard University en Boston, Massachusetts. Ex miembro de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá. El Licenciado Salvatore Bacile Ladaris participó en la mesa de discusión de la Ley 51 de 2005, en calidad de asesor, fue director administrativo y Sub-director General encargado de la Caja de Seguro Social. Ha sido abogado de la firma Rivera, Bolívar & Castañedas y facilitador de algunas cátedras en varias universidades e instituciones de educación superior en el país y autor de varios artículos especializados. En la actualidad funge como abogado en la Vicepresidencia de Asesoría Jurídica de la Autoridad del Canal de Panamá.



de algunos países; mientras que en otros ha sido menos traumática; en otros cosméticas y hasta como el caso de Chile, producto de una evolución excepcionalmente diferente.

A manera de resumen, podemos decir que en el mundo de hoy existen básicamente tres sistemas, los sistemas de reparto con sus distintas modalidades en un extremo (totalmente solidarios), los sistemas de cuenta individual en el otro extremo (difícilmente solidarios); y los sistemas mixtos en el medio, donde sobreviven dos o más pilares, en la mayoría de los casos, sólo por un periodo determinado de tiempo.

Con las críticas o bondades que puedan tener estos tres modelos, veamos a continuación los cambios más importantes del nuevo régimen compuesto que rige en Panamá y en el que coexisten dos subsistemas de beneficios a saber: (i) un subsistema Exclusivamente de Beneficio Definido y (ii) un Subsistema Mixto, el cual se conforma de un componente de Beneficio Definido, y un componente de Ahorro Personal.

El primer subsistema, denominado “Exclusivamente de Beneficio Definido”, administrado bajo un régimen financiero actuarial de Reparto de Capitales de Cobertura, parte del principio que los aportes que se efectúan a favor de, o los que efectúa el asegurado por sí mismo, no pertenecen a él, si no al colectivo.

Participan en este subsistema todos aquellos cotizantes que hubiesen tenido más de 35 años de edad al 1 de enero del 2006 y los menores de esa edad que no hubiesen ejercido la opción de cambiarse al segundo

subsistema, constituyéndose entonces por un número cerrado de personas con el cual se extinguirá este subsistema en 40 o 50 años.

Decíamos que este subsistema se gestiona, desde el punto de vista financiero, en un sistema de solidaridad inter e intra-generacional, donde los aportes que todos los actuales trabajadores realizamos, ingresan a un fondo común, que se utiliza para conceder beneficios no directamente a quién los aporta, si no a quién los necesita, pagando las prestaciones económicas vigentes, es decir las pensiones de las personas que hoy en día están retiradas, sin tomar en consideración si la cuantía aportada por quien recibe el beneficio cubre en su totalidad el costo del beneficio recibido.

En este sistema entonces, son las generaciones actuales las que financian las pensiones que actualmente se encuentran en vigencia, bajo la expectativa de que la generación que la reemplace, tenga la capacidad de efectuar los aportes necesarios para sostener las pensiones que se les otorguen en el futuro, tanto al asegurado directo como a su grupo familiar en caso de muerte.

Siendo un sistema cerrado en virtud de lo dispuesto en la Ley 51 de 2005, la generación que actualmente trabaja y se mantiene en este primer subsistema, dependerá entonces en mayor grado de los aportes que haga el Estado para hacerle frente a nuestras prestaciones el día que nos retiremos, ya que las nuevas generaciones no aportarán a nuestras pensiones. Esto es así, pues estas futuras generaciones ingresarán directamente al segundo subsistema.



---

*En este sentido es necesario mencionar que por primera vez el Estado hace un importante aporte financiero precisamente a este componente, a través del Fondo Fiduciario a favor de la Caja de Seguro Social. El monto a aportar hasta el año 2060, suma la cifra de B/.7,245,000,000.00*

---

En este sentido es necesario mencionar que por primera vez el Estado hace un importante aporte financiero precisamente a este componente, a través del Fondo Fiduciario a favor de la Caja de Seguro Social. El monto a aportar hasta el año 2060, suma la cifra de B/.7,245,000,000.00

En cuanto a este primer componente también es importante señalar, que la Ley incorpora mecanismos e indicadores de ajustes con una Junta Técnica Actuarial, que tendrá como objeto investigar, evaluar y analizar la situación del Riesgo de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja de Seguro Social, y proponer a la Junta Directiva las recomendaciones necesarias para equilibrar el costo de las obligaciones y el financiamiento del Subsistema, permitiendo que se tomen las decisiones oportunas que desactiven gradualmente y en tiempo, los brotes de crisis.

El segundo subsistema que se introduce con la reforma, denominado "Subsistema Mixto", se conforma por dos componentes. Uno de Beneficio Definido, administrado bajo un régimen financiero actuarial de Reparto de Capitales de Cobertura igual al que vimos anteriormente, pero con los aportes que hagan los trabajadores hasta los primero 500 dólares de salario; y un componente de Ahorro Personal, administrado bajo un régimen financiero de Cuenta Individual.

Participan en este subsistema todos aquellos cotizantes que hayan ingresado a laborar por primera vez a partir del 1 de enero del 2008; y aquellos menores de 35 años de edad al 1 de enero del 2006 y que 31 de diciembre de 2007 hubiesen ejercido la opción de cambiarse.



Este nuevo subsistema, que conserva sólo la solidaridad intergeneracional del primero con un aporte solidario de quienes reciben salarios por encima de los 500 dólares con ellos mismos hasta este monto y con quienes reciben menos de esa suma, establece herramientas para una transición sin traumas, ya que no abandona de inmediato, ni por completo, el régimen de beneficio definido que como dijimos anteriormente, ha existido por más de 60 años.

Mantiene entonces, hasta la suma de B/.500.00 el mismo principio de solidaridad de que todos aportan para afrontar el pago de las pensiones de quienes supuestamente por razón de su edad, no pueden proveerse por sí mismos de ingresos para sobrevivir. Solidaridad que al igual que en Subsistema Exclusivamente de Beneficio Definido se desfigura , toda vez



que se permite recibir la pensión financiada solidariamente aún cuando se sigan obteniendo ingresos de fuentes de trabajo.

En cambio, por encima de los 500 dólares los cotizantes activos aportan a una cuenta individual que les pertenece sólo a ellos y que les producirá el día que se retiren, créditos incluidos, una fuente de ingreso en exceso del valor del de la pensión solidaria obtenida sobre los salarios por debajo de los 500 dólares sobre los cuales hayan cotizado.

En resumen entonces, en este segundo subsistema, los aportes que realizan los actuales trabajadores en él incluido, ingresan hasta los primeros 500 dólares a un fondo común que se utilizará para conceder beneficios a quién los necesita. En cambio, los aportes sobre los salarios en exceso de 500 dólares, ingresan a una cuenta individual que a diferencia del primer componente, le pagará directamente prestaciones a quien las aportó, tomando en consideración la cuantía aportada, cubriendo en su totalidad el costo del beneficio recibido.

---

*Los primeros 500 dólares ingresan a un fondo común que se utilizará para conceder beneficios a quién los necesita. Los aportes sobre los salarios en exceso de 500 dólares, ingresan a una cuenta individual que a diferencia del primer componente, le pagará directamente prestaciones a quien las aportó.*

---

<sup>2</sup> Ver fallo del 28 de septiembre de 2007 del pleno de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se declaró inconstitucional las frases de los artículos 168 y 174 de la Ley No.51 de 27 de diciembre de 2005 que establecían que la pensión de retiro por vejez, tiene como fin reemplazar, dentro de ciertos límites, los ingresos que deja de percibir una persona al retirarse de su ocupación.



# DERECHO URBANÍSTICO

Jaime Orlando Santofimio Gamboa



**Problema jurídico:** Mediante el presente escrito se pretende, desde una óptica esencialmente descriptiva, responder al interrogante, de si las consideraciones clásicas del derecho administrativo fundado en consideraciones de interés subjetivo individualista, subsisten, bajo las condiciones y parámetros del Estado social y democrático de derecho, frente normas particulares relativas a la problemática urbanística y territorial. Lo anterior, en el entendido de que constituyen presupuestos insoslayables de la concepción social y democrática del Estado, que irradian y permean el derecho urbanístico y territorial, el reconocimiento de derechos colectivos e intereses difusos de la comunidad y sobre todo la posibilidad de participación en la conformación de las grandes decisiones rectoras de lo urbano y territorial, al igual que en las determinaciones concretas y específicas mediante las cuales estas se materializan y hacen efectivas. Sobre esta base se formulan algunos principios básicos para el cabal entendimiento del régimen jurídico administrativo del urbanismo.

## Introducción

El urbanístico es un derecho vinculado a los propósitos sociales y

comunitarios que comprometen la actividad pública del Estado<sup>1</sup>, mas allá de las fronteras de la conurbación, esto es, sobre la totalidad de la problemática del territorio<sup>2</sup>, a la prevalencia imperativa, preservación y respeto de todos y cada uno de los derechos colectivos e intereses difusos de la sociedad que le garantizan a esta su convivencia equilibrada y ponderada, no obstante la complejidad de los elementos y fenómenos que implican las relaciones de la sociedad sobre el territorio. El concepto de ordenamiento territorial se torna, entonces, en un concepto multidisciplinario y de propósitos integradores de los fenómenos urbano y territorial para efectos de interés general. Se infiere de su contenido la presencia de un concepto con fundamentos sociales, políticos, culturales, ecológicos y económicos que le permiten una visión amplia e integradora de todos los componentes del fenómeno.

El concepto de ordenamiento territorial incluye no solo el problema urbano y sus contenidos clásicos, sino también todo el conjunto de temas y acciones propios del contexto territorial y que influyen en el entendimiento y la conformación del mundo de la simple ciudad, para lo cual deben ser establecidas reglas de usos y convivencia adecuadas, oportunas y coherentes. El ordenamiento del territorio es comprensivo, general; constituye la dimensión espacial de toda actividad pública y privada, individual o colectiva, que se pretenda sobre él mismo. El concepto de lo urbano es ante todo específico y concreto, aunque vinculado uno y otro concepto en aras de la integración sistemática de la ciudad y lo rural y de estos con el contexto general del territorio .

Reconducido en estos términos, el derecho urbanístico o territorial propiamente dicho adquiere profundas connotaciones de un régimen jurídico y de principios de clara estirpe constitucional que desarrolla los postulados del Estado social de derecho, esto es, comprometido mediante la acción administrativa propia del ejercicio de poder público con la realización de los cometidos indispensables para garantizar los intereses colectivos y sociales sobre los estrictamente individualistas, los cuales son reconducidos y reducidos a contextos estrictamente necesarios en aras de la estabilidad y subsistencia de la comunidad sobre el territorio.<sup>3</sup>

En esta dirección, el urbanismo parte del hecho evidente de que el Estado, y en especial las autoridades locales, tienen un papel sustancial

<sup>1</sup> LUCIANO PAREJO ALFONSO. Derecho urbanístico, Mendoza, Ciudad Argentina, 1986, pp. 42 y ss.

<sup>2</sup> TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. Manual de derecho urbanístico, Madrid, Abella-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1995, p. 16. El concepto de lo urbanístico, sostiene este autor, resulta a todas luces confuso frente a las realidades de los fenómenos que pretende abarcar. Lo urbano se refiere a la ciudad; sin embargo la ciudad no es el objeto único del fenómeno urbano frente a los adelantos conceptuales y normativos de la actualidad. Desde el punto de vista naturalístico y de la normatividad reciente, el objeto del urbanismo se ha reconducido a la problemática territorial, a las relaciones de la ciudad y del campo. En consecuencia, el urbanismo no puede ser otra cosa que un concepto englobador e integrador del hombre con el medio en el que se desenvuelve y que hace de la tierra y el suelo su eje operativo.

<sup>3</sup> SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. Urbanismo y ordenación del territorio, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2004, p. 27. De manera concreta este autor, acudiendo a las concepciones depuestas en los diferentes ordenamientos jurídicos territoriales de las comunidades españolas y, sobre todo, a partir de los trabajos jurisprudenciales constitucionales de aquel país, propone como concepto genérico en esta materia el de ordenación del territorio y específico el de urbanismo. En este sentido, se indica lo siguiente: “[...] La ordenación del territorio persigue fijar los destinos y usos del espacio físico en su totalidad, así como ordenar y distribuir valoradamente las acciones públicas sobre el territorio e infraestructuras, reservas naturales, extensiones o áreas de influencia de núcleos de población, comunicaciones, etc. [...]”.

para la satisfacción de los intereses generales sustentadores de los derechos colectivos e intereses difusos comprometidos en su objeto. Para esto se reconoce al orden estatal, facultades y poderes de ordenación de carácter económico interventor bajo razones de equidad social e intervención sobre todos los factores incidentes en la realización plena de los propósitos de convivencia equilibrada y ponderada en el territorio, la cual se concreta en materias como la intervención sobre la propiedad, las actividades particulares mediante la exigencia previa de licencias y permisos, la acción pública y la planeación, la enajenación forzosa en pública subasta, la enajenación voluntaria y expropiación judicial o administrativa y la imposición de sanciones urbanísticas a los infractores del orden jurídico, entre otras acciones públicas en la materia.

Desde la perspectiva del Estado democrático, es connatural al derecho urbanístico la intervención material de la comunidad en los procesos públicos y administrativos de conformación de las normas urbanísticas de planeación y en trámite de las licencias y permisos de esta misma naturaleza. El derecho surgido de la intervención y la ordenación administrativa respeta profundamente la participación, la concertación, el pluralismo y las diferencias sociales de todo género para efectos de alcanzar los niveles adecuados para la convivencia sobre el territorio. Es característico del derecho territorial la presencia de veedores ciudadanos resguardando los intereses públicos y en fin de agentes ciudadanos defendiendo los derechos colectivos y difusos, al igual que de titulares de intereses meramente subjetivos que puedan resultar afectados con las resultas de los trámites administrativos urbanísticos.

Con fundamento en los anteriores planteamientos, reconocemos que el ordenamiento del territorio se sustenta en los siguientes principios: función social y ecológica de la propiedad y distribución equitativa de las cargas y beneficios; prevalencia del interés general sobre el particular; participación democrática; función pública del urbanismo; interrelación entre derechos subjetivos y colectivos bajo consideraciones de preeminencia de estos, así como con sujeción en la interpretación normativa a los principios de ponderación, subsunción y proporcionalidad.

### I. principio de la función social y ecológica de la propiedad

La garantía constitucional de la propiedad<sup>4</sup>, retomada históricamente en los contenidos normativos del clásico orden constitucional de stirpe



liberal e individualista, protector de un orden subjetivo abstracto, indeterminado, libertario y absoluto, simplemente limitado por otros intereses subjetivos individualistas, en donde la intervención del legislador se limitaba simple y llanamente a asegurarla y protegerla, coordinando el actuar de sus diferentes titulares –articulador de intereses subjetivos recíprocos– con miras a evitar colisiones e interferencias lesivas<sup>5</sup>, sufre en el devenir social y económico de la humanidad, y a favor de la comunidad, transformaciones sustanciales, a partir de la configuración del orden normativo superior, fundador y sustentador del Estado social de derecho.

Este nuevo orden revoluciona las viejas y abstractas estructuras absolutas

<sup>4</sup> PAREJO ALFONSO. Derecho urbanístico, cit., pp. 78 y ss.

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993. “[...] Lo anterior ha permitido a la doctrina construir un núcleo esencial de la propiedad como situación activa de poder abarcadora de todas las posibles ventajas derivadas del libre goce y disposición del bien, elementos que, en los términos de la definición legal, integran genéricamente el concepto de propiedad y que, dada su abstracción e indeterminación, remiten a una entelequia metafísica ‘innata al hombre y anterior al Estado’ que coloca al ordenamiento positivo ante la única alternativa de reconocerla o abjurar de la libertad y de la persona. La indeterminación de las facultades concretas que emanan de la situación de propiedad, en la práctica conduce a obtener la definición de su contenido sólo por la vía negativa, lo que equivale a decir que el propietario podrá hacer con su bien todo lo que no le esté expresamente prohibido por la ley. Es precisamente esta indeterminación, originada en la conformación de la propiedad como libertad, la que resulta protegida y reconocida por el derecho, cuyas determinaciones concretas no contribuyen a fijar el contenido de la propiedad sino sus límites, entendidos como restricciones externas y excepcionales provenientes de la esfera pública, por definición separada de la privada a la cual se atribuye la titularidad y gestión de los bienes [...]”.



de la garantía, en un instrumento material, concreto y objetivo de carácter social, volcado en torno de los derechos de la colectividad, esto es, sacrificado ahora, en favor del interés público.

La magnitud de este nuevo orden de ideas y de cosas constitucionales se mantiene y consolida en la actualidad, no obstante las tendencias restauradoras de las viejas estructuras individualistas amparadas en las concepciones económicas neoliberales. El factor social constituye un elemento vinculante para la administración, que la torna en el instrumento del Estado atemperador de la presencia de estas novedosas ideas, que sutilmente imponen al mercado y a sus volátiles reglas en las bases de la sociedad.

El legislador, otrora pasivo en la estructuración clásica de la garantía, adquiere funciones estelares de configuración reservada, bajo la concepción clásica al propietario<sup>6</sup>. La ley se ocupa ahora, dentro del nuevo marco garantístico de ascendencia social, de definir aspectos tales

como las destinaciones y finalidades de los bienes y demás asuntos que le den prevalencia a la función pública y social de la propiedad; al interés general sobre el particular; y, hacer, bajo los senderos del Estado social de derecho, operantes los principios de solidaridad e igualdad, en dirección al cumplimiento de la aspiración social de la distribución equitativa de cargas y beneficios frente a los propietarios.

En esta clara dirección ideológica, podemos sostener, adicionalmente, que la garantía en su configuración legal y en su ordenación y concreción administrativa conlleva un componente de orden e intervención económica, que implica, por lo tanto, entender que las decisiones legislativas y administrativas en torno a la propiedad implican la construcción de un orden socioeconómico claramente determinado constitucionalmente, en dirección a la satisfacción de los intereses de la comunidad, obviamente sin vulnerar el núcleo privado subsistente en la propiedad.

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993: “[...] No se postula una función social que deba cumplir la propiedad; ni se ordena sacrificio alguno en aras de la comunidad. Simplemente, se introduce la regla del uso racional del derecho, con el objeto de dirimir los conflictos que se suscitan entre propietarios. Hasta aquí la propiedad sigue siendo un derecho potencialmente ilimitado. De admitirse que estas regulaciones tengan el carácter de límites a la propiedad, éstos son externos a la misma, y a lo sumo reducen el ámbito o esfera en cuyo interior el sujeto sigue actuando libremente con miras a la satisfacción de sus intereses y deseos, sin necesidad de asumir una cierta conducta o perseguir determinados objetivos, pues los límites, a diferencia de las obligaciones, se sitúan en la periferia del derecho [...]”.



Lo anterior como resultado del reconocimiento histórico de la responsabilidad social del Estado y de su papel interventor en la economía en aras de consolidar la convivencia y el bienestar humano dentro de un orden social justo, y la aceptación de que las condiciones y exigencias socioeconómicas de la comunidad, definitivamente, condicionan la vigencia de la garantía de la propiedad en el modelo constitucional del Estado social de derecho.

En este contexto, la garantía constitucional de la propiedad en su versión clásica sufre una profunda ruptura en favor de lo colectivo y social, pasando a estructurarse como un concepto restringido, limitado y ordenado normativamente frente al propietario en aras del interés público

y general. Nos encontramos, por lo tanto, dentro del constitucionalismo social, frente a una garantía determinada en aras de la consolidación de un sistema justo y equitativo en las relaciones entre propiedad y sociedad, en donde la labor estructuradora del legislador en esta dirección, adquiere papel determinante, en cuanto condicionante normativo de las funciones ordenadoras de la administración para estos efectos.

En este sentido, sobre las bases constitucionales explicadas, el legislador configura la garantía y la administración en ejercicio de las atribuciones y competencias legales, cumple el papel trascendente de ordenar y concretar la misma. Así las cosas, se puede entonces sostener que la materialización real de la garantía depende de los términos y medidas que la ley concrete para la solidificación de los propósitos sociales de la misma por parte de la administración.

Ahora bien, el trabajo configurador del legislador y la operación propios de la actividad ordenadora de la administración en desarrollo de la garantía constitucional de la propiedad, dentro del modelo de Estado constitucional y social de derecho, no implican en manera alguna, ni resulta admisible que lleven a la consolidación de un Estado arbitrario, ni un modelo de administración desbordado en la ordenación de la propiedad.

El trabajo legislativo en esta materia y los desarrollos operativos ordenadores de la administración se ciñen de manera estricta a los postulados del derecho, la legalidad y, fundamentalmente, en la articulación de los derechos fundamentales, tanto del propietario como de la comunidad, bajo criterios de ponderación, proporcionalidad, igualdad y, sobre todo, interdicción a cualquier posibilidad de arbitrariedad. De no entenderse en este sentido, sencillamente estaríamos ante la postulación del abuso del derecho y el reino de las vías de hecho, lesivas y desfiguradoras, todas ellas, del concepto mismo de Estado de derecho<sup>7</sup>, el cual reconocemos y admitimos sustancialmente como la base indiscutible del Estado social institucionalizado en el moderno constitucionalismo.

Como efecto directo de esta actividad ponderada y negativa de la arbitrariedad en la configuración y ordenación de la garantía de la propiedad, se deben reconocer los ámbitos de acción de los intereses estrictamente privados de los titulares de derechos de propiedad y los colectivos o titularidad general. El primero, orientado a la satisfacción

<sup>7</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. Reflexiones sobre la ley y los principios generales de derecho, Madrid, Civitas, 1986, pp. 102 y ss.: "[...] lo cual es cierto, pero también lo es que, por mucho que la Constitución enfatice el principio de legalidad y la ley, la definición global del Estado que formula en su inicial y decisivo artículo 1.1 es la de 'Estado de derecho' y no Estado legal (como también el preámbulo: el 'imperio de la ley' es un instrumento para 'consolidar un Estado de derecho'). El término derecho resplandece aquí en todo su significado material y con el alcance constitucional más general y extenso. El verdadero fin de toda la construcción constitucional es así implantar el derecho [...] La idea de un Estado de derecho excede con mucho de esa técnica de gobierno puramente formal [...] Esa estructura puramente formal, si se limita-se a remitir a las leyes, sean cualesquiera sus respectivos contenidos, la ordenación de la sociedad, no cubriría las explícitas exigencias constitucionales, que imponen un definido sistema material de valores. A este cambio de perspectiva es a lo que la doctrina alemana ha llamado expresivamente el paso de un Estado formal de derecho a un Estado material de derecho, o del derecho en su sentido material y no formal".



del interés individual y contiene, por tanto, además de la titularidad del derecho, los poderes y facultades en que se vierte la relación de pertenencia; el segundo, coincidente con la función social y determinante del carácter comunitario y solidario de la propiedad.

La construcción del sistema de la propiedad bajo el modelo del Estado social de derecho se hace precisamente sobre la base y en el entendido de la proyección social de esta, entendiéndola en lo sustancial como una función social de la cual emanan multiplicidad de deberes y obligaciones de sus titulares frente a la comunidad, es decir, se entiende la propiedad en cuanto a su vinculación con la sociedad y no ya sumida bajo contornos individualistas absolutos e inexplicables respecto de las problemáticas económicas de la sociedad. Lo cual en materia urbanística adquiere especiales connotaciones<sup>8</sup>.

Así las cosas, en el nuevo marco conceptual, la propiedad, subyacente y determinante del modelo, se caracteriza por subsistir en el contexto atemperador del orden constitucional de lo social. Por lo tanto, el concepto de función social de la propiedad se materializa ahora en el principio de la solidaridad que llama y proclama la ruptura a la desigualdad a partir de

las acciones u omisiones individualistas sobre la propiedad, que puedan enriquecer a unos y empobrecer a otros.

Por lo tanto, el concepto solidarista de función social de la propiedad invita a que se le entienda sujeta de manera permanente al contexto de la utilidad pública y al interés común, por encima de razones subjetivas individualistas; esto es, constituyéndose en la columna vertebral de la garantía constitucional, en su piedra angular determinante de su alcance, lo que implica que comprenda entonces la cadena sistemática de facultades, deberes y obligaciones establecidos por la ley, para adecuarla a las necesidades comunales al igual que los valores, intereses y finalidades sociales que sus titulares deben cumplir como premisa de la atribución del correspondiente derecho y de su ejercicio.

En esta perspectiva, el interés social y el interés individual, bajo el módulo de la función social, contribuyen a conferirle contenido, alcance y vinculación al derecho de propiedad. En este sentido, el entendido de la propiedad en el contexto de lo social implica para sus titulares un régimen de coacción, por lo tanto, la imposibilidad de realizar u omitir conductas impuestas por el derecho objetivo con miras a tutelar un interés social que



<sup>8</sup> Ley 388 de 1997. "Art. 38. Reparto equitativo de cargas y beneficios. En desarrollo del principio de igualdad de los ciudadanos ante las normas, los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas que los desarrollen deberán establecer mecanismos que garanticen el reparto equitativo de las cargas y los beneficios derivados del ordenamiento urbano entre los respectivos afectados. Las unidades de actuación, la compensación y la transferencia de derechos de construcción y desarrollo, entre otros, son mecanismos que garantizan este propósito".



trasciende al individuo. En este evento, la inobservancia de la conducta ordenada adquiere el cariz de incumplimiento y enfrenta al propietario a variadas sanciones, casi siempre inspiradas en la pérdida de legitimación social de su titularidad, la que puede llevar inclusive a su extinción<sup>9</sup>.

## II. el principio de interés general y el concepto de prevalencia de este sobre el particular

Como consecuencia directa del carácter material del concepto del Estado de derecho, y en estrecha relación con el carácter social y económico del Estado, encontramos como presupuesto básico y determinante del ejercicio de los poderes públicos, en especial de la función administrativa, el llamado principio de la prevalencia del interés general. En cuanto concepto básico, su incorporación al ordenamiento jurídico corresponde a las mismas razones que justifican históricamente la institucionalización del poder y el surgimiento del Estado de derecho, en donde el ejercicio del poder político no corresponde a justificaciones de carácter individualista o personalista, sino a presupuestos de voluntad general como producto del ejercicio popular o nacional del poder, que considerara como prevalentes los asuntos del común frente a los específicos de cada uno de sus integrantes, respetando de todas maneras el interés individual; el cual no desaparece sino que debe, en todo momento que entre en conflicto con el interés general, ceder el espacio suficiente para que éste sea prevalente en procura de la estabilidad del sistema, lo cual implica que la garantía de la propiedad esté sujeta de manera irreversible a este contexto doctrinal imperativo y determinante.

En esta perspectiva, el principio se vincula directamente con las finalidades estatales y debe acudir necesariamente, para su concreción, a todos aquellos otros niveles del ordenamiento normativo que permitan materializar su alcance, en la medida en que su postulación constitucional eventualmente lo convierte en un concepto abierto e indeterminado. Sin embargo, como se reconoce doctrinalmente, y en esto resulta fundamental para entender el papel ordenador de la administración, si bien se trata de un concepto indeterminado legislativamente, en cuanto que el legislador cuenta con una gran libertad configurativa del contenido de la cláusula de la propiedad, en cuanto opera directamente a partir de la Constitución, el poder ejecutivo, y en particular la administración pública, interviene ya —como regla general— sobre la base de la concreción legislativa del interés general, luego la actividad de ordenación es esencialmente normativa, esto en aras de la seguridad jurídica que el tema amerita.

Por esta razón, consideramos que en nuestro medio resulta indistinto hablar de interés general, público o de la comunidad. Igualmente, podemos encontrar sus propósitos en muchas de las expresiones que

el constituyente emplea en el texto constitucional para referirse a las finalidades o compromisos teleológicos del Estado. Al fin y al cabo, la prevalencia del interés general constituye el sendero para la satisfacción final de los grandes propósitos que justifican la existencia del Estado, que no son otros que los de complacer a la comunidad.

Bajo este entendido, la garantía de la propiedad implica una sujeción permanente de los intereses subjetivos a los propósitos generales e intereses de la comunidad de manera tal que cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social, esto como consecuencia inevitable de la sujeción de los poderes públicos y de los particulares al marco del interés general. De aquí se concluye que el modelo del Estado social de derecho desarrolla una garantía constitucional de propiedad que reconoce que la intangibilidad de la propiedad y de los demás derechos adquiridos con justo título no es absoluta, en cuanto que el interés público puede desplazar al derecho, lo que deja ver su anotada relatividad. Con todo, la garantía se asocia igualmente a la necesidad de que el statu quo sólo es modificable en virtud de una ley —no de otro acto— de las características mencionadas y a que, en principio, el sacrificio del derecho o su supresión, debe suscitar el procedimiento expropiatorio y el pago de una previa indemnización<sup>10</sup>.

## III. principio de participación democrática

En ejercicio de las diferentes actividades que conforman la acción urbanística, las administraciones municipales, distritales y metropolitanas deberán fomentar la concertación entre los intereses sociales, económicos y urbanísticos, mediante la participación de los pobladores y sus organizaciones. Esta concertación tendrá por objeto asegurar la eficacia de las políticas públicas respecto de las necesidades y aspiraciones de los diversos sectores de la vida económica y social relacionados con el ordenamiento del territorio municipal. La participación ciudadana podrá desarrollarse mediante el derecho de petición, la celebración de audiencias públicas, el ejercicio de la acción de cumplimiento, la intervención en la formulación, discusión y ejecución de los planes de ordenamiento y en los procesos de otorgamiento, modificación, suspensión o revocatoria de las licencias urbanísticas.

La existencia inevitable de derechos colectivos y difusos de la comunidad en los asuntos urbanísticos conlleva a la luz del Estado social y democrático de derecho que las decisiones urbanísticas constituyen un asunto de interés general, luego no exclusivo de la órbita subjetiva de los interesados, tal como lo reconoce en el derecho colombiano el artículo 4.º inciso final de la Ley 388 de 1997, cuando dispone que la participación

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993.

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993.



ciudadana en las actividades urbanísticas podrá desarrollarse también con la intervención pública en los procesos de otorgamiento, modificación, suspensión o revocatoria de las licencias urbanísticas. Lo anterior, en concordancia con el artículo 65 de la Ley 9.ª de 1989, que obliga a la citación y notificación de los actos procesales urbanísticos y de las licencias correspondientes a vecinos colindantes y terceros, con el fin de que participen en las correspondientes actuaciones administrativas en defensa de sus derechos.

Pero lo que resulta más interesante y trascendental para el asunto, es que de conformidad con lo dispuesto en los literales a, c, d, e, f, g, h, j, l y m del artículo 4.º de la Ley 472 de 1998<sup>11</sup>, la temática y el contenido del derecho urbanístico y territorial son considerados legalmente como relativos a los derechos e intereses colectivos. En especial el literal m, que determina que son de esta naturaleza, y no exclusivamente subjetivos lo relativo a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

Sobre esta base normativa, se entiende, entonces, que el tratamiento de los asuntos urbanísticos en el derecho colombiano va mucho más allá del simple tratamiento formal otorgado por la doctrina dominante y se adentra significativamente en el ámbito de las relaciones entre derechos subjetivos de los interesados, colectivos, difusos, e incluso subjetivos de terceros eventualmente involucrados en la decisión, en los términos de las reglas establecidas en las normas generales territoriales y urbanísticas.

#### IV. principio de la función pública del urbanismo

El derecho urbanístico, en cuanto estructura jurídica vinculada indiscutiblemente a las actividades económicas del Estado, se conserva sustancialmente como un derecho vinculado en la teoría y la práctica a la acción pública, esto es, de los agentes estatales para efectiva realización.

En desarrollo de este principio se pretende ante todo lograr los siguientes objetivos:

- Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios.
- Atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible. Propender al mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural.
- Mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos naturales.

La función pública del ordenamiento del territorio se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. Las acciones urbanísticas deberán estar contenidas o autorizadas en los planes de ordenamiento territorial o en los instrumentos que los desarrollen o complementen<sup>12</sup>.

Se observa en la configuración operativa del concepto en estudio, el ejercicio del poder público administrativo del Estado en desarrollo de facultades de intervención administrativa, enmarcadas dentro del concepto de actividad administrativa ordenadora o de limitación de actividades y derechos, que se reconduce en la presencia de planes y de licencias dominadas por las facultades de los órganos administrativos del Estado, delimitando, ordenando y autorizando para el ejercicio de determinadas actividades o derechos. Esto es, nos ubica desde una

<sup>11</sup> Ley 472 de 1998. "Artículo 4.º Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con: a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; b) La moralidad administrativa; c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; e) La defensa del patrimonio público; f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación; g) La seguridad y salubridad públicas; h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; i) La libre competencia económica; j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; n) Los derechos de los consumidores y usuarios. Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia. Parágrafo. Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley".

<sup>12</sup> Son acciones urbanísticas, entre otras: clasificar el territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana; localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios, la disposición y tratamiento de los residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos y los equipamientos de servicios de interés público y social, tales como centros docentes y hospitalarios, aeropuertos y lugares análogos; establecer la zonificación y localización de los centros de producción, actividades terciarias y residenciales, y definir los usos específicos, intensidades de uso, las cesiones obligatorias, los porcentajes de ocupación, las clases y usos de las edificaciones y demás normas urbanísticas; determinar espacios libres para parques y áreas verdes públicas, en proporción adecuada a las necesidades colectivas; determinar las zonas no urbanizables que presenten riesgos para la localización de asentamientos humanos, por amenazas naturales, o que de otra forma presenten condiciones insalubres para la vivienda; determinar las características y dimensiones de las unidades de actuación urbanística, de conformidad con lo establecido en la presente ley; calificar y localizar terrenos para la construcción de viviendas de interés social; calificar y determinar terrenos como objeto de desarrollo y construcción prioritaria; dirigir y realizar la ejecución de obras de infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos públicos, directamente por la entidad pública o por entidades mixtas o privadas, de conformidad con las leyes; expropiar los terrenos y las mejoras cuya adquisición se declare como de utilidad pública o interés social, de conformidad con lo previsto en la ley; localizar las áreas críticas de recuperación y control para la prevención de desastres, así como las áreas con fines de conservación y recuperación paisajística; identificar y caracterizar los ecosistemas de importancia ambiental del municipio, de común acuerdo con la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, para su protección y manejo adecuados; determinar y reservar terrenos para la expansión de las infraestructuras urbanas; todas las demás que fueren congruentes con los objetivos del ordenamiento del territorio.

perspectiva clásica en el viejo concepto de poder de policía<sup>13</sup>, hoy revaluado y reconducido en cuanto al componente de intervención y limitación en la actividad de los particulares, por los senderos doctrinales del concepto de administración ordenadora<sup>14</sup>.

Se entiende entonces al poder administrativo del Estado colombiano con poderes y facultades necesarias, en los términos de las normas imperativas superiores (principio de legalidad), para ordenar las actividades privadas en aras de la preservación de intereses de la comunidad. El ejercicio de la actividad ordenadora de la administración, en este sentido, tiene la particularidad de incidir en la vida social, económica, política y civil de los particulares, esto es, de todas las actividades o derechos que eventualmente afecten su vida en comunidad. Se trata de limitaciones y regulaciones a las actividades y los derechos de los ciudadanos-administrados, con los que pretenden desarrollar sus propios intereses y, por lo tanto, se caracteriza por ser una intervención productora de limitaciones en las posiciones y situaciones subjetivas de aquellos<sup>15</sup>.

Conforme a las consideraciones de la doctrina alemana de la cual se ha retomado para los análisis de los fenómenos nacionales en la materia, la actividad de ordenación es aquella que se ocupa de evitar peligros. Vigila, reacciona ante situaciones concretas de crisis. En este sentido, la administración interviene mediante órdenes, prohibiciones y controles previos. La actividad ordenadora tiene como base para sus decisiones, regulaciones normativas imperativas. Por su caracterización teórica, la actividad ordenadora es típicamente restrictiva de derechos; sin embargo, en la reciente literatura jurídica se amplía el marco de acción de la ordenación incluyendo actividades de prevención de peligros y riesgos en desarrollo de las actividades por los particulares. Así las cosas, se



<sup>13</sup> La policía administrativa debe ser entendida y analizada como una actividad evolucionada desde sus primeras formulaciones, sobre todo entrado el siglo XXI y sumidos la mayoría de los Estados en concepciones sociales de derecho. Como lo afirma ALEJANDRO NIETO ("Algunas precisiones sobre el concepto de policía", RAP, n.º 81, 1976), el concepto de policía es radicalmente proteico, variable en el tiempo y en el espacio; de aquí que su concepto y definición no puedan permanecer estáticos en la doctrina ni en la jurisprudencia. Desde sus más remotos orígenes en la Grecia antigua, se le particularizó como la esencia material de la actividad propia de la polis, esto es, de la comunidad misma, siendo entendida por lo tanto como cosa del común o pública, del interés de todos, que vino a ser invocada con connotaciones políticas por los soberanos medievales para luchar contra los privilegios individualistas feudales: "El monarca combate el orden feudal no en interés propio, sino en interés de la salud pública, articulada en unas *bonne ordre et police*". Sin embargo, es en Francia donde al concepto se le otorga un claro giro restrictivo de las libertades por razones de interés general. Precisamente en el edicto de la *Lieutenance Générale* de la *Police parisina* de 1667, que después se hizo extensivo a todo el país, fue donde se logró consolidar esta idea, que en opinión de NIETO significó un momento trascendente en la historia del concepto: se identificó a los fines de la policía con los de la administración interior del Estado. El sólo hecho de que en el mencionado edicto se asumieran responsabilidades de seguridad pública y ciudadana limitándose ciertas libertades para garantizar el interés general significó abrir paso a una nueva concepción de la administración en sus más incipientes manifestaciones en un estadio de la historia previa a la institucionalización del poder. Aproximándonos a un concepto moderno de actividad administrativa de policía podemos indicar que dentro de esta se recogen el conjunto de medidas de intervención y ordenación de las actividades y derechos de los particulares, utilizadas por la administración para que el asociado dirija su actuación dentro de los senderos que garanticen el interés general. De aquí que la doctrina señale como fenómenos típicos de esta actividad los de limitación de derechos y libertades, ejercicio de la fuerza y la coacción, todas ellas justificadas bajo el principio de legalidad dentro de un Estado social de derecho y con el único propósito de ofrecer soluciones efectivas a la comunidad. Algunos sectores doctrinales prefieren denominar a la actividad de policía como actividad administrativa de limitación, precisamente porque dentro del moderno Estado social de derecho constituye la característica primordial de la actividad para propósitos sociales, llegándose incluso a destacar como sus principales formas de manifestación las siguientes: sacrificio de situaciones de mero interés; limitaciones administrativas de derechos; expropiaciones, transferencias coactivas no expropiatorias, comisos, prestaciones forzosas; imposición de deberes u órdenes; delimitación administrativa de derechos privados, eliminación de titularidades privadas, nacionalizaciones, extinción del dominio, medidas de orden público, limitaciones sanitarias, restricciones por razones ambientales, configuración por la administración del contenido de los derechos privados, etc. (RAMÓN PARADA. *Derecho administrativo*, t. I, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 408 y ss.). Puede consultarse igualmente sobre el concepto clásico de policía administrativa: FERNANDO GARRIDO FALLA. "Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas", RAP n.º 28 enero-abril de 1959; y ALBERTO MONCADA LORENZO. "Significado y técnica jurídica de la policía administrativa", *ibid*.

<sup>14</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. II, Madrid, Civitas, 1999, p. 103. La vieja teoría de la policía de la administración, proponen los autores de conformidad con los trabajos de la doctrina alemana, debe ser reconducida a su función específica del orden público. En cuanto al componente de facultad interventora de la administración que eventualmente podía integrar el concepto se propone, en consonancia con los trabajos doctrinales alemanes, el de administración ordenadora, no en el sentido estricto de orden público, sino para significar la función que se le reconoce a la administración de intervenir en las actividades privadas limitándola. De donde se deduce que orden público, administración ordenadora o limitadora, y actividad prestacional de la administración son conceptos diversos.

<sup>15</sup> PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo. Instituciones básicas*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 641. Agrega este autor en el análisis jurídico de la administración ordenadora de la actividad de los particulares que la intervención de la misma implica jurídicamente lo siguiente: "[...] Se traduce, pues, en una incidencia restrictiva y, en su caso, negativa en la esfera jurídica de estos, que encuentra su justificación en la



observa a la administración no solo regulando, sino también accionando mediante técnicas de advertencias y recomendaciones, acuerdos previos y entendimientos con los particulares, para evitar el acaecimiento de males a la comunidad<sup>16</sup>.

Dentro del anterior marco conceptual y de ejercicio de la moderna actividad ordenadora de la administración (o si se quiere, dentro del contexto clásico del poder de policía<sup>17</sup>), obtiene sus bases, en el derecho colombiano, el derecho urbanístico y sus principales instrumentos jurídicos, todo con fundamento en la normativa imperativa de orden constitucional, legal o administrativo (reglamentos, regulaciones, órdenes y medidas administrativas, al igual que mediante la utilización de técnicas de advertencias y recomendaciones, acuerdos previos y entendimientos con los particulares para evitar el acaecimiento de males a la comunidad, etc.), de carácter interventor, limitativo y ordenador a las posiciones y situaciones de los particulares que surgen por razones de orden público o interés general. Frente a este conjunto de limitaciones y ordenaciones de los intereses y derechos de los particulares, les corresponde a las autoridades competentes actuar de manera previa, manteniendo la limitación o permitiendo el ejercicio de la actividad o del derecho, en lo que se denomina en el clásico derecho administrativo colombiano como el desarrollo de la policía administrativa<sup>18</sup>.

## V. principio de la interrelación entre derechos subjetivos y colectivos bajo consideraciones de preeminencia de estos

Ahora bien, sobre las anteriores bases, las autoridades administrativas deben autorizar, mediante decisiones administrativas o actos administrativos de contenido general y particular, según el caso, el desarrollo y ejercicio de diversas actividades sobre el territorio. Decisiones que, como se observa, están sujetas a un marco normativo y conceptual de Estado interventor con propósitos específicos de garantía y efectividad imperativa de los límites necesarios a la acción plena de los derechos subjetivos, en aras del respeto y la prevalencia de los derechos colectivos e intereses difusos comprometidos en la actividad territorial.

En esta medida, a título de conclusión parcial del presente estudio, podemos afirmar sin lugar a equivocarnos que las decisiones administrativas generales o particulares de carácter urbanístico, en los anteriores escenarios doctrinales, van más allá del derecho sustancial en discusión dentro del derecho administrativo clásico individualista.

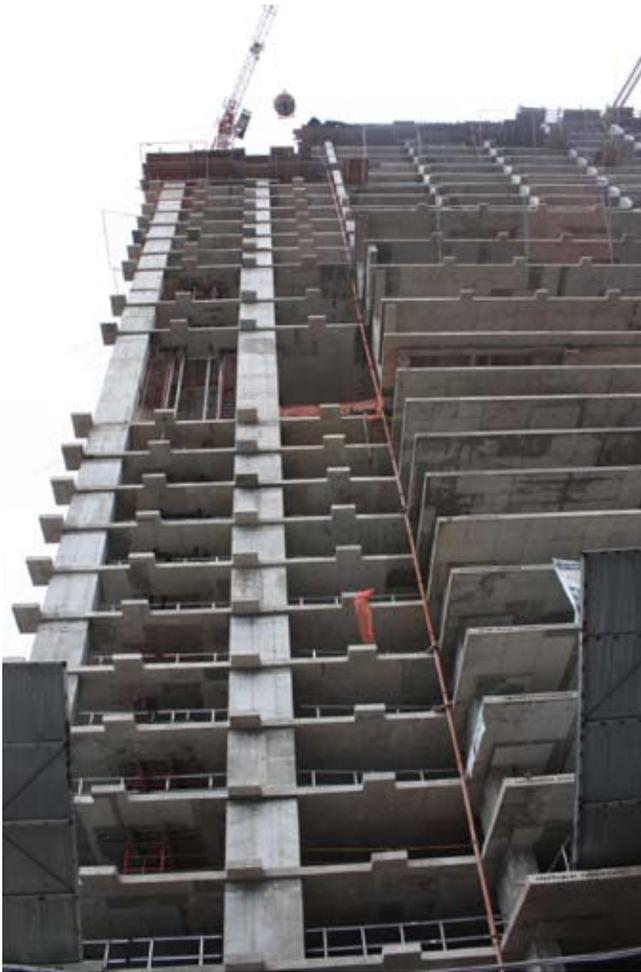
Las concepciones individualistas del derecho administrativo sustentadas en la defensa radical de los derechos subjetivos, desde sectores doctrinales

necesidad de articulación o coordinación de aquellas situaciones y, en general, de la actividad privada (ejercicio de libertades públicas; uso, disfrute y disposición de derechos subjetivos de naturaleza pública o privada; e, incluso, afirmación y actuación de situaciones establecidas de mero intereses jurídico), bien con el interés general o público en sentido objetivo, bien incluso con los derechos o intereses legítimos de otros ciudadanos o administrados [...] La ordenación y, sobre su base, la intervención, así como las limitaciones de ésta derivadas, presuponen necesariamente, pues, la existencia de posiciones activas privadas (de libertad o patrimoniales, protegidas en calidad de derechos subjetivos o de simples intereses legítimos) y no tiene por objeto el sacrificio o oblación de éstas, sino tan solo su restricción, su reconducción a determinados límites. Por ello y como regla general, tales limitaciones no dan derecho, por sí solas, a indemnización, en cuanto cargas generales que se imponen al cuerpo social y deben ser asumidas por éste [...]."

<sup>16</sup> EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. Teoría general del derecho administrativo como sistema, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública-Marcial Pons, 2003, p. 181.

<sup>17</sup> En el derecho administrativo colombiano se viene trabajando de tiempo atrás la materia de la actividad ordenadora e interventora del Estado en los asuntos privados, a través de la óptica de las antiguas elaboraciones del derecho de policía, aunque se observa, sobre todo, a partir del texto constitucional de 1991, la tendencia normativa a diferenciar entre actividades administrativas de ordenación, de simple orden público y de prestación o asistencia, lo cual implica que la teoría del poder de policía y los consecuentes desarrollos de la policía administrativa, doctrinalmente se reconduzcan por los senderos de una pronta revisión de sus fundamentos teóricos, y nos acerquemos, más una teoría moderna de la institución. Corte Constitucional. Sentencia T-873 del 4 de noviembre de 1999, M. P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA: "La noción clásica de poder de policía en el Estado social de derecho, entendida como la facultad de las autoridades administrativas, titulares de este poder, para establecer límites a los derechos y libertades de los administrados con el fin de conservar el orden público—definición de policía administrativa—, pasa a convertir este fin—la defensa del orden público— en un medio. En donde el poder de policía, hoy, ha de buscar no la limitación de los derechos y libertades de los individuos que habitan el territorio, sino el efectivo ejercicio de éstos. En otros términos, el poder de policía ha de mirar más hacia la realización de los derechos y libertades individuales que a su limitación. En donde la preservación del orden público deja de ser un fin para convertirse en el medio que permite el efectivo ejercicio de aquellos. Orden público constituido por las clásicas nociones de seguridad, salubridad y tranquilidad. La policía, en sus diversos aspectos, busca entonces preservar el orden público. Pero el orden público no debe ser entendido como un valor en sí mismo, sino como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad, que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. El orden público, en el Estado social de derecho, es entonces un valor subordinado al respeto a la dignidad humana, por lo cual el fin último de la policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos humanos. Estos constituyen entonces el fundamento y el límite del poder de policía. La preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces compatible con el ideal democrático, puesto que el sentido que subyace a las autoridades de policía no es el de mantener el orden a toda costa, sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público" (Sentencia C-024 de 1994). "Dentro de este marco, los titulares de este poder y quienes ejercen el control sobre su ejercicio han de tener en cuenta que los derechos y las libertades de los individuos constituyen no sólo su razón de ser sino su límite [...]. En la sentencia C-024 de 1994 esta corporación fijó unos parámetros que han de tenerse en cuenta para el ejercicio de este poder, en especial, del poder de policía administrativa, definida como el "poder jurídico por parte de las autoridades de tomar decisiones que limitan la libertad y propiedad de los particulares". Estos parámetros, en términos generales, pueden resumirse así: —Sometimientto al principio de legalidad. Máxime cuando lo que está en juego es la restricción de derechos y libertades de rango fundamental. —Primacia de los principios de eficacia y necesidad en el uso del poder y las medidas que se adopten. No siempre las medidas que adoptan las autoridades administrativas en uso de este poder resultan ser las más eficaces para el fin propuesto, pero sí lo suficientemente lesivas de los derechos y libertades de los individuos. Por esta razón se afirmó en la sentencia en comentario que "La adopción del remedio más enérgico de entre los varios posibles ha de ser siempre la ultima ratio de la policía". —Proporcionalidad y razonabilidad de las medidas adoptadas, teniendo en cuenta las circunstancias y el fin perseguido con la medida a imponer, puesto que "El poder de la policía se ejerce para preservar el orden [...] No puede entonces traducirse en una supresión absoluta de las libertades". Si bien las decisiones adoptadas en uso de este poder son discrecionales, esa discrecionalidad tiene límites impuestos por el propio legislador, al exigir que éstas sean adecuadas a los fines perseguidos, y proporcionales a los hechos que le dan origen (art. 36 CCA). Razón por la que se afirma que, en esta materia, la motivación del acto es esencial, no como simple requisito de legalidad, sino como un medio de control para el ejercicio de este poder, dado que ella permitirá definir si la medida adoptada cumple los requisitos antes mencionados. De esta manera, se podrá establecer si hubo exceso o desvío de poder por parte del funcionario correspondiente. —Observancia del principio de la igualdad. Al respecto, se afirmó en la sentencia en comentario: "el ejercicio del poder de policía no puede traducirse en discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la población".

<sup>18</sup> JEAN RIVERO. Derecho administrativo, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pp. 458 y ss. En lo nacional, puede consultarse: LIBARDO RODRÍGUEZ. Derecho administrativo general y colombiano, Bogotá, Temis, 2005, p. 494.



anteriores a la misma revolución, sufrieron sus primeras arremetidas<sup>19</sup> en aras de un Estado y como consecuencia de un derecho con vocación en lo social, en donde, si bien es cierto, no se abandonara al individuo como centro de la acción pública, si se le dieran al hombre los suficientes

instrumentos para garantizar su supervivencia, lo que en épocas posrevolucionarias se retoma, reconociéndosele a la administración suficientes poderes para acudir en su ayuda y asistencia; esto evidentemente influye en la motivación y razón de ser de las decisiones administrativas, que ahora se justifican en la medida en que logren los propósitos de interés general que determinan sus finalidades. Desde la perspectiva urbanística, se comienza de esta manera a vislumbrar la posibilidad de que los asuntos relativos a lo urbanístico puedan involucrarse desde la perspectiva de lo social, y sobre todo a partir de este concepto involucrarse de manera directa e irremediable en el ámbito de lo jurídico colectivo.

No obstante lo precario y difícil de un acercamiento conceptual al fenómeno de los derechos e intereses colectivos urbanísticos<sup>20</sup>, que son el ámbito donde se observan conflictos entre principios antagónicos vinculados con la actividad urbanística, que como lo sosteníamos, dan lugar a la formulación de reglas imperativas de esta naturaleza, es posible operativamente y a partir de nuestros desarrollos jurídicos sostener que los derechos colectivos, vinculados al concepto en estudio, son aquellos de los cuales somos todos titulares sin distinción alguna y cuyo disfrute pleno y normal nos corresponde en aras del bienestar, la salubridad, la convivencia, la calidad de vida, en fin de los propósitos generales que nos involucran como miembros de la colectividad nacional y que se predicán como propios del Estado social de derecho.

Este planteamiento nos acerca al concepto de derechos e intereses difusos<sup>21</sup>, que, como lo admite la Corte Constitucional, se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas. Los intereses o derechos difusos o colectivos son supraindividuales e indivisibles y exigen un concepto y un tratamiento unitario y común, pues la imposibilidad de la división de su objeto implica que la solución de un eventual litigio sea idéntica para todos<sup>22</sup>. Diferencia que en nuestro

<sup>19</sup> JEAN-JACQUES ROUSSEAU. El contrato social, Madrid, Tecnos, 1998.

<sup>20</sup> NICOLÁS LÓPEZ CALERA. ¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 167 y 168.

<sup>21</sup> MANUEL LOZANO-HIGUERO Y PINTO. La protección procesal de los intereses difusos, Madrid, Rufino García Blanco, 1983, p. 148.

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-569 del 8 de junio de 2004. M. P.: RODRIGO UPRIMNY YEPES. “[...] Los intereses difusos y colectivos, protegidos por las acciones populares, hacen referencia a derechos o bienes indivisibles, o supraindividuales, que se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas. Estos derechos e intereses colectivos se asemejan entonces, mutatis mutandi, al concepto de “bien público”, que ha sido profusamente estudiado y debatido en la literatura económica, en la medida en que los intereses colectivos y los bienes públicos tienden a caracterizarse porque en ellos no existe rivalidad en el consumo y se aplica el principio de no exclusión. Esto significa que el hecho de que una persona goce del bien no impide que otros puedan gozar del mismo (ausencia de rivalidad en el consumo), y por ende el goce de ese bien por otras personas no disminuye su disponibilidad. Y de otro lado, esos bienes se caracterizan porque se producen o salvaguardan para todos o no se producen o salvaguardan para nadie, ya que no es posible o no es razonable excluir potenciales usuarios o consumidores (principio de no exclusión). Por consiguiente, si el bien público o el interés colectivo se encuentran en buen estado, todos los miembros de la colectividad pueden gozar de ellos en forma semejante; en cambio, una afectación del bien público o del interés colectivo tiene impacto sobre toda la comunidad, pues todos se ven afectados por ese deterioro. Algunos ejemplos típicos de esos intereses colectivos o bienes públicos son entonces la defensa nacional, la seguridad pública o la pureza del aire como elemento del medio ambiente. Así, el hecho de que en una determinada comunidad una persona goce del aire puro no rivaliza con el uso de ese bien por otras personas; y si el aire es puro, todas las personas pueden gozar de él. Por todas las anteriores razones, los intereses o derechos difusos o colectivos son supraindividuales e indivisibles y exigen una conceptualización y un tratamiento procesal unitario y común, pues la indivisibilidad del objeto implica que la solución de un eventual litigio sea idéntica para todos. Dentro del marco de estos derechos o intereses colectivos indivisibles, algunos sectores de la doctrina distinguen entre intereses difusos y colectivos. Así, el titular de un interés difuso es una comunidad más o menos determinada según las circunstancias fácticas en que ésta se encuentre y el tipo de interés difuso objeto de protección; en cambio, el titular de intereses colectivos, será una comunidad de personas determinada e identificable bajo algún principio de organización. La existencia de ese principio de organización es lo que, según ciertos sectores de la doctrina, permite diferenciar entre un interés difuso y un interés colectivo, aun cuando el asunto no es pacífico, puesto que el criterio de clasificación dista de ser claro y otros autores proponen otros criterios de diferenciación entre interés difuso y colectivo. Así, la doctrina brasileña considera que lo decisivo es la presencia o no de un vínculo jurídico entre los miembros o integrantes del grupo, de suerte que si dicho vínculo existe, estamos frente a un derecho o interés colectivo, mientras que si el grupo carece de un vínculo jurídico, entonces se trata de un interés difuso. Ahora bien, en el caso colombiano, la distinción entre derechos o intereses difusos y colectivos tiene un interés doctrinario y podría tener



derecho es reconducida al concepto genérico de derechos o intereses meramente colectivos<sup>23</sup>.

Son en consecuencia intereses de esta naturaleza aquellos que se relacionan con el provecho o beneficios a la colectividad, a la generalidad,

al pueblo en sí mismo y no a un sujeto determinado, desbordando de esta manera la concepción eminentemente clásica de derecho subjetivo de corte individualista<sup>24</sup>. Se trata, por lo tanto, de un fenómeno colectivo ligado al concepto de lo público, que nos lleva desde la perspectiva de la pertenencia, a entenderlo como propio de todos, de cada uno de los miembros de una colectividad sin distinción alguna por el solo hecho de estar en comunidad; se reconduce, por lo tanto, por los senderos de una especie de derecho subjetivo común, por lo tanto objeto de protección a través de la intervención policiva previa del poder administrativo del Estado, mediante las actuaciones administrativas tendientes a una decisión positiva de habilitación o autorización urbanística<sup>25</sup>, previa la verificación de las reglas desarrolladas por el legislador o las autoridades municipales competentes, a través de procesos de ponderación, donde se suponen han resuelto los conflictos entre los diversos principios involucrados en la actividad urbanística.

Con el derecho urbanístico se garantiza principalmente el disfrute por igual de los bienes protegidos, frente a contingencias que los pongan en peligros, que los hagan inviables o los afecten en sus propósitos fundamentales. No existe la menor duda de que asuntos como los relativos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, así como la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las reglas jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, son asuntos que involucran derechos e intereses de la colectividad y su protección debe ser garantizada para el común, por medio del cumplimiento estricto de las reglas que les sirven de fundamento jurídico a las licencias urbanísticas.

En este contexto, es objeto principal del derecho urbanístico la articulación, en casos concretos y específicos, de toda actividad relativa al uso del suelo y del espacio, edificabilidad, urbanización, y demás requeridas por el legislador, a la legalidad territorial y urbana<sup>26</sup>, garantizando de esta manera la convivencia y el respeto a los diferentes elementos en conflicto

desarrollos legales, pero carece en sí misma de relevancia constitucional, tal y como esta Corte lo ha indicado anteriormente. En efecto, la sentencia C-215 de 1999, al referirse a la naturaleza de las acciones populares y al objeto de su protección, descartó cualquier interpretación restrictiva a partir de dicha distinción, e indicó que las acciones populares protegían igualmente intereses difusos y derechos colectivos. Precisó entonces la Corte lo siguiente: «Cabe anotar, la Constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina, entre intereses colectivos e intereses difusos, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término “colectivos”. Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común».

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-21531 del 14 de abril de 1999, M. P.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ: “[...] la Constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina, entre intereses colectivos e intereses difusos, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término “colectivos”. Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común”.

<sup>24</sup> JUAN CARLOS HENAO. “La defensa de los derechos colectivos y de los de grupo en la responsabilidad civil del estado en derecho colombiano y francés”, en Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudio homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías, t. III, p. 2746.

<sup>25</sup> JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de derecho administrativo, t. III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 747.

<sup>26</sup> Retomando el tema relativo a las diferencias entre urbanismo y ordenamiento territorial debemos agregar que: “[...] el concepto de urbanismo se colige de la Ley 388 de 1997 como un concepto específico, referido a la dinámica de la urbe o ciudad pero en clara función al territorio en general, determinando todo un conjunto normativo de acciones y limitaciones para la convivencia en este espacio reducido y siempre carente como es la ciudad. Estas apreciaciones se obtiene de la lectura de los artículos 3.º y 8.º de la Ley 388 de 1997 que al respecto señalan lo siguiente: “[...] El ordenamiento del territorio constituye en su conjunto una función pública, para el cumplimiento de los siguientes fines: 1. Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios. 2. Atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible. 3. Propender por el mejoramiento de



surgido como consecuencia de las relaciones humanas en conglomerado, y de los humanos con el medio, la tierra, el suelo, el espacio, etc., tal como se desprende de los objetivos y finalidades muchas veces imposibles de deslindar de los conceptos de urbanismo y ordenamiento territorial<sup>27</sup>.

El derecho urbanístico se caracteriza entonces por constituir una impresionante técnica de intervención administrativa frente a los derechos subjetivos de los asociados, mediante la aplicación de reglas restrictivas, limitativas, imperativas y vinculantes, contenidas en las reglas urbanísticas y territoriales, para salvaguardar los intereses de la generalidad<sup>28</sup>.

## VI. principio de legalidad urbanística

Con los principios, normas y reglas urbanísticos y territoriales claramente se pretende lograr la integración de un coherente sistema normativo a cuya cabeza se encuentra indiscutiblemente la Constitución Política, la ley orgánica del Plan de Desarrollo, la ley de desarrollo territorial, las leyes sobre áreas metropolitanas y ambientales y que culmina en lo local con las disposiciones del Plan de Ordenamiento Territorial y los demás instrumentos que lo hagan viable y se concreten de acuerdo con las realidades municipales.

Esto es, propone todo un bloque de legalidad que regirá la actividad urbanística, generando en consecuencia un derecho indiscutiblemente aplicable a lo urbano, que lleva a sostener, de inicio, la imposibilidad de

admitir un urbanismo absolutista y arbitrario y, por lo tanto, un régimen de ejercicio de actividades y derechos relativos con lo territorial luego propenso a los devenires del principio de la autonomía de la voluntad, o arbitrario, en cuanto ejercicio incontrolable del poder público administrativo.

Lo que se espera, en este contexto, es un claro régimen de intervención esencialmente garantizador de la convivencia en comunidad, mediante el cumplimiento de reglas limitativas, que se viabilizan a través del sistema de licencias.

El bloque de legalidad propuesta por el legislador para el urbanismo adquiere la mayor importancia en el nivel local, es decir, en la base de la actividad pública, en la interacción del hombre con el Estado, lo cual lo hace más importante y dinámico, en cuanto se espera que la regulación urbanística realmente surja de manera concreta a esta altura de la organización estatal, por obvias razones de la inmediatez del orden público y el interés general con la propiedad y la cotidianidad humana. Establece precisamente el artículo 1.º de la Ley 388 de 1997 que la producción normativa local en materia urbana debe buscar ante todo colmar objetivos precisos, de acuerdo a las características y necesidades de cada municipalidad.

Así las cosas, la vinculación del urbanismo al derecho no es gratuita, ni mucho menos inofensiva. Implica circunscribir todas las conductas derivadas de la disciplina a marcos institucionales, entre esos a los definidos

la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural. 4. Mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos naturales [...]. En el artículo 8.º de la ley se incorporan o que correspondería a acciones generales propias del urbanismo dentro del ordenamiento territorial, determinando que las mismas deben quedar establecidas de manera clara en los componentes urbanos de los planes de ordenamiento territorial en los términos del artículo 13 y 15 de la ley. Estas acciones se fundamentan en una regla general en cabeza de la administración para que las configure de acuerdo a sus realidades locales, de todas maneras se destacan por el legislador entre otras las siguientes: La función pública del ordenamiento del territorio municipal o distrital se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades distritales y municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. Son acciones urbanísticas, entre otras: 1. Clasificar el territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana. 2. Localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios, la disposición y tratamiento de los residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos y los equipamientos de servicios de interés público y social, tales como centros docentes y hospitalarios, aeropuertos y lugares análogos. 3. Establecer la zonificación y localización de los centros de producción, actividades terciarias y residenciales, y definir los usos específicos, intensidades de uso, las cesiones obligatorias, los porcentajes de ocupación, las clases y usos de las edificaciones y demás normas urbanísticas. 4. Determinar espacios libres para parques y áreas verdes públicas, en proporción adecuada a las necesidades colectivas. 5. Determinar las zonas no urbanizables que presenten riesgos para la localización de asentamientos humanos, por amenazas naturales, o que de otra forma presenten condiciones insalubres para la vivienda. 6. Determinar las características y dimensiones de las unidades de actuación urbanística, de conformidad con lo establecido en la presente ley. 7. Calificar y localizar terrenos para la construcción de viviendas de interés social. 8. Calificar y determinar terrenos como objeto de desarrollo y construcción prioritaria. 9. Dirigir y realizar la ejecución de obras de infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos públicos, directamente por la entidad pública o por entidades mixtas o privadas, de conformidad con las leyes. 10. Expropiar los terrenos y las mejoras cuya adquisición se declare como de utilidad pública o interés social, de conformidad con lo previsto en la ley. 11. Localizar las áreas críticas de recuperación y control para la prevención de desastres, así como las áreas con fines de conservación y recuperación paisajística. 12. Identificar y caracterizar los ecosistemas de importancia ambiental del municipio, de común acuerdo con la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, para su protección y manejo adecuados. 13. Determinar y reservar terrenos para la expansión de las infraestructuras urbanas. 14. Todas las demás que fueren congruentes con los objetivos del ordenamiento del territorio [...]. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. Urbanismo y ordenación del territorio, cit., p. 27. El urbanismo “[...] se centra en la acción pública sobre el hecho ciudad, el racional destino y aprovechamiento del espacio físico en el núcleo poblacional [...].”

<sup>27</sup> PAREJO ALFONSO. “El ordenamiento autonómico de la ordenación territorial y urbanística: fundamento, condicionamientos, alcance y composición”, en Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 51. Continuando en esta dinámica de deslindar los conceptos de urbanismo y de ordenamiento territorial es importante tener de presente el análisis del profesor LUCIANO PAREJO ALFONSO a propósito de este mismo tema en el estudio y análisis del derecho urbanístico de la comunicada de Madrid. Para este autor, si bien es cierto que nos encontramos frente a dos títulos competenciales de la administración de todas maneras por sus contenidos resulta difícil separarlos. “[...] En consecuencia, la ordenación del territorio y el urbanismo, aunque formalmente títulos competenciales diferentes, aluden a una misma tarea pública: la de organización de la utilización del territorio. La regulación constitucional sustantiva confirma esta identidad de sustancia en cuanto que contiene un único orden de valores y bienes jurídicos a cuyo servicio pueden reconducirse los dos títulos competenciales considerados: orden que presidido por la calidad de vida y la adecuación del medio ambiente, aparece integrado en lo esencial, por la utilización racional de los recursos naturales, la regulación de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general y la conservación y la promoción del enriquecimiento del patrimonio, cultural y artístico [...].”

<sup>28</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA. “Los principios de la organización del urbanismo”, RAP, n.º 87, septiembre-diciembre de 1978, Madrid, Centro de estudios Constitucionales, pp. 302 a 305. La función pública del urbanismo implica una ruptura histórica de los derechos subjetivos frente a la administración pública, en cuanto la decisión sobre el uso del suelo y el ejercicio del concepto de propiedad, son decisiones que ya no pueden entenderse incluidas entre los derechos subjetivos individuales, sino en cabeza de la administración por razones de interés general.



por las autoridades locales, para cuya elaboración el legislador está determinando un especial contenido material mediante la incorporación en el ordenamiento de los objetivos, finalidades y procedimientos para seguir por estas autoridades para estos propósitos.

En conclusión, para el ejercicio de las funciones normativas urbanísticas, el legislador ha determinado las bases de construcción del sistema normativo en lo local, a través de los planes de ordenamiento territorial.

El principio de legalidad obtiene en consecuencia una nueva perspectiva en tratándose de las actuaciones relacionadas con el derecho urbanístico; en este sentido, se rompen las barreras de las simples finalidades estrictamente urbanas y se consolida como un área del derecho administrativo de inobjetable contenido territorial, mucho más comprensivo y coherente con las realidades integrales de las municipalidades, que se evidencia en la existencia de planes de ordenamiento territorial, planes básicos de ordenamiento territorial y esquemas de ordenamiento territorial, de acuerdo con la categoría y tipo de municipio, al igual que con los instrumentos que las autoridades expidan para la debida ejecución de estas normas.

Desde esta perspectiva, significa que toda disposición, decisión, acción y actividad urbanística, proveniente tanto de autoridades como de los particulares, está sujeta al derecho y, en consecuencia, ausente de cualquier vestigio de arbitrariedad o de dogmatismo individualista, fundamentalista o subjetivizador que ponga en peligro las bases de nuestro sistema como Estado democrático, participativo, social y de derecho, en algo tan elemental como son las relaciones del hombre en la sociedad y en los territorios, y sobre los bienes vinculados a la convivencia humana<sup>29</sup>.

En otras palabras, el urbanismo y el ordenamiento territorial se traducen para efectos de las licencias urbanísticas en derecho vinculante, que debe ser preservado por las autoridades competentes mediante la acción directa y específica que conlleva el principio de la función pública del urbanismo. La libertad propia del individualismo sufre una ruptura profunda en cuanto se refiere a las relaciones del hombre con el contexto territorial.

Ahora bien, en materia local el plan se torna en el elemento central de la legalidad en nuestro derecho urbanístico. El plan de ordenamiento territorial constituye a todas luces el complemento ideal de una legislación general y abstracta en asuntos urbanísticos, para el caso colombiano de la contenida en las leyes 9.<sup>a</sup> de 1989 y 388 de 1997. El legislador ha depositado en el plan, para ser desarrollada por las autoridades locales,



la más amplia y variada gama de atribuciones tendientes a establecer regulaciones y expedir normas en materia urbanística que se caracterizan por su concreción, especialidad e individualización de la materia, que hacen que este conjunto normativo, sin perder su carácter de reglamento, no pueda asimilarse a un simple conjunto normativo ordinario general y abstracto, como tradicionalmente se entiende al reglamento en los ordenamientos jurídicos<sup>30</sup>.

Someter el plan a un tratamiento conceptual clásico dentro de la categorización de reglamentos impediría cumplir los propósitos y finalidades esperados de un plan normativo urbanístico, cual es el de referirse en concreto al problema urbano adoptando soluciones dentro del amplio esquema de posibilidades y alternativas recomendadas para tratar los conflictos territoriales y urbanos. Si bien es cierto que el plan por su naturaleza constituye un claro ejemplo de reglamento, sin perder su papel estelar en la defensa y protección del interés general, difiere

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ. Manual de derecho urbanístico, cit., pp. 16 y 17.

<sup>30</sup> JUAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ. El control del planeamiento urbanístico, Madrid, Civitas, 1996, pp. 39 a 54.



sustancialmente de los reglamentos tradicionales o clásicos en el carácter especial y específico de sus disposiciones, que no obstante su vigencia genérica para la comunidad determinan condiciones directas y limitativas de derechos como el de propiedad, constitutivas de obligaciones y deberes, llegando incluso a prefiar el contenido mismo del concepto de propiedad.

Al respecto, vale la pena destacar que el legislador, al definir los grandes principios delineadores de la actividad urbanística en el territorio nacional, hace énfasis en que se debe sujetar a unos propósitos normativos precisos y no a la liberalidad de autoridades, propietarios o demás personas

involucradas en la actividad urbanística y que por el contrario sea la actividad pública y los derechos de la comunidad, como se expresó en el numeral anterior, los que se articulen con los subjetivos en procura de armonizar el desarrollo y convivencia dentro del territorio.

## VII. principios de ponderación, subsunción y proporcionalidad y su aplicación a los fenómenos urbanísticos

El derecho urbanístico no solo constituye un marco normativo específico dentro del sistema del derecho positivo administrativo; su dinámica se concreta en la expedición de actos administrativos generales o particulares, que pueden revestir el carácter de discrecionales (conceptos jurídicos indeterminados) o reglados, según el caso<sup>31</sup>, en ejercicio de la función pública interventora y ordenadora que le es característica y connatural. En estas circunstancias, los límites a la arbitrariedad de la administración en la configuración de este ordenamiento jurídico, al igual que en su aplicación concreta, tienen que estar mediados por principios como los de ponderación, subsunción y proporcionalidad, según el caso, o ámbito y naturaleza de los conflictos que se pretendan enfrentar conceptualmente, conforme lo pasamos a exponer:

### A. discrecionalidad

La primera de las hipótesis resulta inevitable, en cuanto el ejercicio del poder en materia urbanística no se agota en la presencia absoluta de potestades regladas; la sola estructuración del marco jurídico propio de los planes invita de manera incontenible a transitar por el ámbito de la discrecionalidad. En consecuencia, no compartimos las tesis de quienes pretenden negar espacio a las facultades discrecionales de la administración en esta materia. Las consideraciones de mérito y oportunidad, la apreciación de circunstancias especiales y singulares, resultan inevitables en los contextos del Estado social de derecho, para la adopción de decisiones coherentes con la realidad fáctica. La norma no tiene la virtualidad de disponerlo y comprenderlo todo. La gran responsabilidad de la administración a través de la discrecionalidad urbanística es satisfacer los propósitos del Estado social de derecho, que van más allá de la simple legalidad estricta<sup>32</sup>.

Se puede sostener que la actividad urbanística es en esencia discrecional en los eventos en que la potestad administrativa para su ejercicio, por

<sup>31</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-031 del 3 de febrero de 1995, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA: “[...] Puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no le está determinada previamente por la ley. Al contrario sensu (sic), hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas [...]. Los actos discrecionales están por lo tanto sometidos al control jurisdiccional en ejercicio de las acciones pertinentes, cuando se considera que ellos son violatorios de la Constitución o de la ley. Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó. No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario, se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional, por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades [...]”.

<sup>32</sup> PAREJO ALFONSO. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias, Madrid, Tecnos, 1993. LUCIANO PAREJO ALFONSO, quien reacciona contra algunos de los planteamientos



permisión normativa, el operador estima subjetivamente y de manera complementaria, en los procesos de aplicación de la normas, las condiciones y el contenido del cuadro de exigencias normativo, como ocurre en nuestra materia en los casos de estructuración de los planes de ordenamiento territorial, parciales, zonales o especiales que habrán de seguir los destinos de determinadas comunidades.

La norma determina algunas de las condiciones para el ejercicio de la potestad, permitiéndole a la administración que configure el resto de las condiciones, bien en lo relacionado con la integración última de los supuestos de hecho para su operancia, o en cuanto a su contenido conforme a los presupuestos indicados en ella misma, o en ambas hipótesis. Frente al tema de las autorizaciones, el ejercicio de la potestad administrativa en estas condiciones implica irremediamente la

sujeción, en todo caso, al texto de la norma correspondiente, esto sobre la base de que no estamos ante el ejercicio de un poder absoluto y arbitrario del sujeto administrador, sino, por el contrario, de potestades sujetas al marco del derecho<sup>33</sup>.

### **B. concepto jurídico indeterminado**

El estudio del fenómeno de la discrecionalidad resulta importante y trascendente abordarlo simultáneamente y con especial referencia a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, que guarda una relación inevitable con el ámbito de la estimación y valoración con la discrecionalidad, lo cual plantea no pocos problemas desde la perspectiva doctrinal, sobre todo para entender el ámbito de procedencia de cada una de las figuras<sup>34</sup>. Aspecto que algunos sectores de la doctrina alemana

radicales de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, en especial en los relacionados con el alcance del control judicial sobre los actos discrecionales, no se aparta sustancialmente de lo expuesto por este autor. Sostiene la necesidad de reivindicar el concepto de la discrecionalidad administrativa dentro del actual Estado de derecho, en la medida en que si la ley formal no garantiza plenamente la actuación de la administración, a esta le corresponde actuar para lograr plenamente el cumplimiento de los cometidos asignados dentro del Estado social de derecho. En este sentido, propone que a través del ámbito de la discrecionalidad se realicen los valores superiores del Estado de derecho, procediendo siempre al ejercicio del control judicial, no obstante adquiriría en estos casos especiales connotaciones por cuanto la decisión judicial no podría reemplazar la administrativa si se trata de potestad reglada.

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-734 del 21 de junio de 2000, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA: “[...] La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional [...]”.

<sup>34</sup> SCHMIDT-ASSMANN. Teoría general del derecho administrativo como sistema, cit., p. 220. La diferencia entre actividad discrecionales, reglada y conceptos jurídicos indeterminados no es pacífica en la

resuelven (sobre todo quienes se apartan de la discrecionalidad como concepto único<sup>35</sup>) destacando que mientras el poder discrecional de la administración aparezca vinculado a la gama de posibilidades de las consecuencias jurídicas de una norma, el concepto jurídico indeterminado se localiza al lado del tipo de regulación legal en donde le corresponde a la administración, mediante técnicas de apreciación y valoración, materializar, para el caso concreto, el contenido específico esperado por la norma y deducir una única conclusión o decisión respecto del caso<sup>36</sup>.

La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados comporta una sutil técnica de redacción y consecuente aplicación de las normas jurídicas frente a hipótesis específicas. Por regla general, las normas jurídicas se caracterizan por delimitar y definir de manera precisa, mediante los conceptos y términos utilizados, el ámbito de la realidad dentro de la cual están llamadas a operar, en lo que se conoce como el contenido inequívoco de la norma. En los conceptos jurídicos indeterminados, opera una clara excepción frente a esta caracterización general de la estructuración normativa, en donde precisamente lo característico es el contenido indeterminado de los elementos descriptivos (conceptos, términos utilizados) de la norma, en cuanto conceptos de contornos difíciles de delimitar (no vagos, imprecisos o contradictorios), ante la ausencia en ellos, de contenidos materiales definitivos, concretos e inequívocos, haciendo de la esfera de realidad propuesta un ámbito fructífero de lo indefinido y abstracto (buena fe, premeditación, fuerza irresistible, incapacidad para el ejercicio de funciones, buen padre de familia, justo precio, interés público, bien común, fundamento importante, confiabilidad, necesidad, etc.).

De todas maneras y no obstante su generalidad, lo cierto resulta ser, y así se acepta por la doctrina, que en la norma se intenta delimitar supuestos específicos (esfera de realidad), a partir de los conceptos abstractos invocados, algo difícil (y que consolida lo indeterminado del concepto) dada la ausencia de rigurosidad de los términos invocados, que impiden su cuantificación o determinación, razón por la cual, de todas maneras, queda en manos de la administración definirlos y concretarlos, en aras de la aplicación lógica y coherente de la norma, y de la consolidación, a diferencia de la discrecionalidad, de una “unidad de solución justa y adecuada al caso concreto”, o decisión correcta para el caso, esto, mediante técnicas de valoración y pronóstico, desarrolladas dentro del



espacio de apreciación<sup>37</sup> autorizado a la administración, o de cognición objetivable, como lo denomina la doctrina española<sup>38</sup>, obviamente dentro del contexto impuesto por la norma, y en general por el derecho.

### C. reglada

La potestad es reglada en los casos del cumplimiento estricto de las exigencias normativas completas, determinadas agotadoramente por las normas superiores. La norma determina al extremo, agotando el contenido y los supuestos de su operancia, constituyendo un supuesto

doctrina. Algunos sectores prefieren desarrollar la simple teoría de la discrecionalidad con diferentes matices e intensidad, entendiendo por tal “[...] una simple facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin determinado. Es más, rompiendo las diferencias teóricas entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, se sostiene que la discrecionalidad administrativa no está limitada al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas, sino que puede estar residenciada así mismo en el supuesto de hecho de las mismas. De ahí que la discrecionalidad y el llamado margen de apreciación no constituyan dos figuras jurídicas férreamente separadas, pues tiene su origen tan solo en la utilización por el legislador de distintas técnicas de formulación normativa, siendo intercambiables desde el punto de vista metodológico [...]”.

<sup>35</sup> Véase nota anterior.

<sup>36</sup> HARTMUT MAURER. Elementos de derecho administrativo alemán, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2001, pp. 54 y ss.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>38</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. Curso de derecho administrativo, cit., p. 451.



normativo completo y una potestad aplicable, absolutamente definible en términos y consecuencias. En tratándose de las autorizaciones, producto de este ejercicio del poder administrativo, la administración reduce significativamente su capacidad de apreciación subjetiva, limitándose a la mera constatación o verificación del cumplimiento de las exigencias, definidas agotadoramente y con carácter imperativo en la norma. Tendientes a liberar el ejercicio de una actividad o derecho en las condiciones vinculantes y obligatorias de la norma correspondiente, por el particular-administrado.

La doctrina expone como caso tipo de las licencias sujetas a potestades regladas las de carácter urbanístico, en especial las de construcción, que están sujetas a la legalidad estricta, contenida en las normas superiores territoriales, urbanísticas y en especial en los planes de ordenamiento territorial, en donde la actividad de la administración se agota exclusivamente en la confrontación de tales normas con el proyecto que va a desarrollar el interesado, con el propósito de verificar y controlar el respeto y acatamiento de las condiciones requeridas en ellas.

El derecho administrativo colombiano acepta estas hipótesis, piénsese en el caso de licencias o permisos para el uso de armas o las propiamente urbanísticas (por lo menos en las de construcción y de urbanización). En ambos casos, si bien es cierto que la decisión correspondiente está circunscrita a un régimen de limitaciones imperativas, en el primero, la administración bajo consideraciones de mérito u oportunidad podría negar la licencia o suspenderla; en el segundo caso, de cumplirse de manera estricta con lo establecido en la ley, la obligación y el deber de la administración es otorgarla.

#### **D. ponderación y subsunción**

El derecho urbanístico en cuanto escenario sujeto a la discrecionalidad, como se expuso en los numerales anteriores, implica inevitablemente, al momento de adoptar las decisiones más adecuadas para atender los requerimientos públicos, la posible confrontación de principios que puedan estar en juego para efectos de fundamentar y sustentar la mejor solución al asunto propuesto. En esta medida, la ponderación juega un



papel trascendente dentro del derecho urbanístico, sobre todo partiendo de la premisa de que no todas las actividades propias del mismo están dominadas por reglas que llamen a un simple ejercicio de subsunción normativa.

La ponderación constituye un preciado e importante instrumento de aplicación de principios jurídicos y no de simples reglas bajo consideraciones meramente formales de subsunción. Esto es, se trata de normas, que como lo destaca Bernal, no están dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinada; tienen ante todo una estructura de mandatos de optimización, que, como lo reitera el citado profesor siguiendo los planteamientos de ALEXY, simplemente ordenan que “[...] algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes [...]” (la optimización, aclara ALEXY, incluye permisos y prohibiciones) en donde las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Ejemplo de estas normas son, entre otros, los derechos fundamentales<sup>39</sup>.

De entrar en conflicto varias de estas normas, esto es, existiendo para efectos de la adopción de una decisión discrecional principios contrapuestos o que respaldan reglas opuestas, es decir, enfrentada la administración al dilema de una colisión de principios, opera consecuentemente la ponderación, con el claro propósito de darle el mayor peso al principio que mejor solución ofrezca respecto del asunto llamado a ser resuelto, con el fin de evitar la adopción de decisiones contrapuestas u opuestas frente a una misma situación fáctica. Ponderar, por lo tanto, es determinar cuál es el peso específico de los principios que eventualmente entran en colisión. Ponderar es sopesar dos o más principios del mismo nivel.

[...] Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido el principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como solo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso [...]<sup>40</sup>.

La ponderación entra a determinar la mayor medida posible con que una de esas normas se superpone a otra y, por lo tanto, resulta preferible frente al asunto en concreto, es decir, de aplicación preferente, evitando la consolidación de la arbitrariedad. Obsérvese que por las características que ofrece su aplicación, la ponderación es viable en tratándose de la adopción de decisiones por su naturaleza discrecionales y no de simples actuaciones regladas.

La ponderación o ejercicio de medición del peso específico de los principios en colisión, conforme a los trabajos del profesor ALEXY, se logra mediante la aplicación de la denominada relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, la que se obtiene a partir de una triple estructura integrada por los siguientes elementos: ley de ponderación, fórmula del peso y las cargas de la argumentación. Conforme con el primero, “[...] Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro[...]; A través de la fórmula del peso se buscó

<sup>39</sup> ROBERT ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 81 y ss.

<sup>40</sup> Ibid., p. 89.



matemáticamente reconocer el valor que cada variable le concede a cada principio; Las cargas de la argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, esto es, cuando los pesos de los principios son idénticos<sup>41</sup>.

### E. proporcionalidad

El principio de proporcionalidad<sup>42</sup> constituye otro precioso instrumento reductor de la arbitrariedad de la administración de aplicación en el ámbito de las actuaciones y decisiones de contenido discrecional, por lo tanto, de importancia y trascendencia en el ejercicio de la estructuración y definición del contenido del derecho urbanístico. Específicamente, tiene operancia en estas materias frente a los conflictos derivados de

las limitaciones a los derechos subjetivos y fundamentales en aras de la preservación de intereses públicos<sup>43</sup>, en donde se busca que las limitaciones a estos resulten ser las estrictamente indispensables para efectos de los mencionados propósitos, con sujeción a un específico test doctrinal que escalonadamente invita, para el cumplimiento de lo anterior, a la realización de una pluralidad de juicios que buscan determinar la idoneidad de la medida o la utilidad de la misma, actuación conocida también como juicio de adecuación tendiente básicamente a determinar si la medida administrativa es adecuada para alcanzar los fines de la contratación; juicio de necesidad con el cual se invita a reflexionar a la administración en la estructuración del negocio de si el medio utilizado es realmente el más eficaz para alcanzar los fines y propósitos de la contratación y menos limitativo de los derechos subjetivos; juicio

<sup>41</sup> Al respecto puede consultarse ALEX Y. Teoría de los derechos fundamentales, cit., pp. 81 y ss.; ÍD. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 93 y ss.). Se puede consultar integralmente el trabajo del profesor JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo (Madrid, Marcial Pons, 2000). En la doctrina nacional se destacan los aportes del profesor CARLOS BERNAL PULIDO en diferentes escritos entre los que destacamos: El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 569 y ss.); los artículos "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales" y "Estructura y límites de la ponderación" (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005). En igual sentido, sobre las bases de esta metodología, fuera de los textos básicos de DWORKIN El imperio de la justicia (Barcelona, Gedisa, 2005) y de HERBERT L. A. HART. O conceito de direito (Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001), puede consultarse La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin (Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2002).

<sup>42</sup> BERNAL PULIDO. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, cit., pp. 35 y ss.

<sup>43</sup> GLORIA PATRICIA LOPERA MESA. El principio de proporcionalidad y la ley penal, Madrid, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 46 y ss.



propriadamente de proporcionalidad: las ventajas que se alcancen con el fin protegido, esto es, el interés general, deben compensar los perjuicios que se impartan a los derechos que se limitan<sup>44</sup>.

Desde esta perspectiva, el principio de la proporcionalidad incorpora dos aspectos básicos de trascendencia para el derecho urbanístico y son los relativos a la resolución de los conflictos entre derechos individuales y los bienes e interés de la comunidad; y dentro de este conflicto, basándose en un desarrollo lógico de medio a fin, determinar si la utilización de un determinado medio es proporcional para la consecución de cierto fin<sup>45</sup>.

La proporcionalidad no solo constituye un instrumento de control a la arbitrariedad de la administración, sino que es también una norma guía del comportamiento permanente de la administración en todas sus relaciones con los asociados, sea en la estructuración de decisiones generales o particulares. En esta dirección, se le conoce doctrinalmente como una vertiente normativa o de mandato<sup>46</sup>.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad constituyen principios de orden constitucional cuya operatividad jurídica implica la contención a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos; por lo tanto, sujetándolos a los parámetros del orden constitucional, haciéndolos respetuosos de las bases sustentadoras del orden jurídico a partir de la adecuación de su ejercicio a los senderos limitadores de orden superior, impidiendo el ejercicio ilimitado y sin justificación razonada, razonable, valorada, adecuada, necesaria y útil del poder en dirección al cumplimiento de sus propósitos y finalidades<sup>47</sup>.

Sobre esta base y de frente al respeto y la preponderancia de los derechos fundamentales dentro del Estado constitucional, se espera que el ejercicio del poder esté dado a partir de decisiones ponderadas o proporcionales, esto es, que tales decisiones, independientemente de la finalidad legítima pretendida en el ejercicio del poder, sean el resultado de un proceso de valoración de la necesidad y utilidad de la restricción impuesta a los derechos fundamentales para el logro de la misma. Que exista coherencia y adecuación razonada, razonable, valorada, adecuada, necesaria y útil entre las restricciones impuestas para el ejercicio del poder y los beneficios que se generan de las mismas. De donde se concluye

que todo aquello que pueda calificarse de desproporcionado resulta ser arbitrario y, por lo tanto, contrario a la Constitución. Frente a los derechos fundamentales, destaca la Corte Constitucional, la proporcionalidad busca ante todo evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces la norma es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo, cit., p. 105.

<sup>45</sup> Ídem.

<sup>46</sup> DANIEL SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 32. "[...] La naturaleza implícita y explícita del principio de proporcionalidad nos obliga a contar con él en todas las esferas de actuación administrativa discrecional, de forma que su aplicación resulta obligatoria a la hora de poner en marcha cualquier tipo de actividad administrativa. Por ejemplo, la adopción de una orden de derribo trae consigo un juicio de proporcionalidad por parte del órgano administrativo competente, al igual que la ejecución forzosa de la misma. En este sentido podemos hablar de un principio en el ejercicio de las potestades administrativas, cuya virtualidad consiste en orientar el buen uso de las mismas. [...] Los contratos administrativos pueden ser objeto de un juicio de proporcionalidad, especialmente en lo que afecta a los requisitos para ser contratista y los contenidos de la relación contractual. La peculiaridad del derecho de contratos administrativos hace de éste un banco de pruebas para la proporcionalidad, a medio camino entre el homólogo privado del principio y la aplicación publicista del mismo. Sin embargo, en la medida en que se trata una relación entre el poder público y un particular con una tendencia al exceso, el principio interviene con toda su fuerza, pero con peculiaridades propias a la relación contractual cuando se aplique al contenido o extinción de ésta".

<sup>47</sup> Corte Constitucional. Sentencias C-822 de 2005; C-1404 de 2000; C-173 y C-551 de 2001.

<sup>48</sup> Corte Constitucional. Sentencias C-448 de 1997; C-371 de 2000; C-110 de 2000; C-093 de 2001; C-068 de 1999; C-309 de 1997; 584 de 1997 y C-741 de 1999.



# La formación jurídica para los administradores públicos

Dina Lisbeth Ortega Suescún

**Resumen:** En medio de sociedades complejas y pluralistas, la formación jurídica del administrador público está llamada a ser una herramienta para una mejor toma de decisiones dentro del marco del Estado de derecho. Con miras a este objetivo, dicha formación debe orientarse al desarrollo de habilidades, capacidades y competencias, que le permitan una mejor interpretación y argumentación de los marcos jurídicos que reglan sus actuaciones.

**Palabras clave:** Formación, Derecho, Administración pública, Hermenéutica, Positivismo jurídico y Didáctica.

La idea de « sociedad del conocimiento », propuesta por Peter Drucker<sup>1</sup> y desarrollada por numerosos estudios durante la década de los 90s<sup>2</sup>, trajo como consecuencia, entre otras cosas, el que se precisara que el objetivo de la educación actual, no es sólo ni primariamente, la acumulación de datos, sino el desarrollo de habilidades, competencias y destrezas para la búsqueda, interpretación y aplicación del conocimiento<sup>3</sup>.

En efecto, en unas sociedades en las que la generación y aplicación de nuevos conocimientos constituye la base del desarrollo, el problema básico de la educación deja de ser la mera transmisión de datos, para trasladarse a lo que las perspectivas constructivistas de la educación han llamado « la construcción del conocimiento »<sup>4</sup>. Es precisamente en este contexto en el que se recupera la noción de formación, siendo éste uno de los conceptos clave de la cultura occidental, tal como lo precisa H.G. Gadamer en su obra *Verdad y método*<sup>5</sup>, el cual sirve para distinguir la educación como mera instrucción, de la educación como formación, perspectiva en la cual de lo que se trata es de desarrollar habilidades, competencias y capacidades en los educandos para una adecuada búsqueda, jerarquización, interpretación y aplicación de la información.

A partir de estos supuestos cabe preguntarnos qué significa formar jurídicamente a los administradores públicos, pregunta que lleva implícitas dos cuestiones, la primera referida al contenido actual de la formación jurídica, y, la segunda, en relación a lo que podemos entender por la formación jurídica que requieren los administradores públicos.

Al abordar la primera cuestión acerca de lo que significa formar en derecho hoy, es decir, para sociedades pluralistas y complejas<sup>6</sup>, la respuesta remite a la aclaración de dos grandes tipos de conceptualización del derecho, la pre – hermenéutica, y la hermenéutica<sup>7</sup>. En este sentido, las concepciones pre – hermenéuticas, compuestas básicamente por los paradigmas iusnaturalista y positivista, concebían que el derecho no era un asunto de « interpretación » sino de mera « aplicación », puesto que, en el caso del iusnaturalismo, el fundamento pretendidamente objetivo del derecho, ya fuera la naturaleza, la divinidad, la condición humana o la razón, no permitía ninguna autonomía del intérprete, sólo una cabal aplicación de las normas<sup>8</sup>. Por su parte, el positivismo jurídico, principalmente en su versión kelseniana, al enfatizar « la pureza del derecho »<sup>9</sup> separándolo de la política, de la sociología y de la moral, enfatizaba el carácter lógico, científico y jerarquizado de las normas, no permitiendo interpretaciones por parte del sujeto, sino meras inferencias lógicas respetando la jerarquía de las normas.

\* Abogada, Universidad Libre de Colombia, Especialista en Relaciones Laborales, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Especialista en Instituciones Jurídicas de la Seguridad Social, Universidad Nacional de Colombia, Abogada Conciliadora de la Cámara de Comercio de Cúcuta. Actualmente se desempeña como asesora jurídica de la Escuela Superior de Administración Pública ESAP de Colombia.

<sup>1</sup> Para una profundización en la noción de sociedad del conocimiento véase, DRUCKER, Peter Ferdinand. *La gerencia en la sociedad futura*. Norma, Bogotá, 2002.

<sup>2</sup> Cf. BERMEJO, Francisco y otros. *Ética y trabajo social*. Pontificia Universidad de Comillas, Madrid, 1996. pp. 141 ss.

<sup>3</sup> A propósito de las implicaciones educativas de la Sociedad del conocimiento véase, ROJAS, Juan Manuel. *Gestión educativa en la Sociedad del Conocimiento*. Magisterio, colección Gestión, Bogotá, 2006. pp. 27 ss.

<sup>4</sup> Cf. ROMO, José Francisco. *El constructivismo como planteamiento educativo: sus presupuestos epistemológicos y su utilización en las reformas de la educación*. Universidad San Pablo CEU, 2004.

<sup>5</sup> GADAMER, H.G. *Verdad y Método I*. Sígueme, Salamanca, 2003. pp. 38 ss.

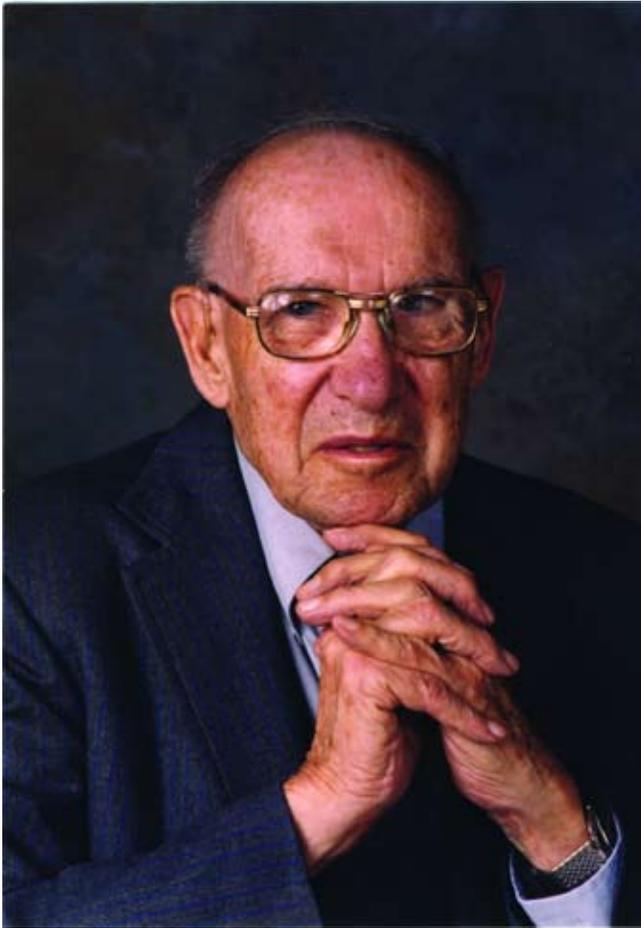
<sup>6</sup> Para una caracterización de la noción de complejidad social véase, *Revista Anthropos* 173 – 174. Niklas Luhmann. *Hacia una teoría científica de la sociedad*. Barcelona, Julio – Octubre de 1997.

<sup>7</sup> Sobre esta distinción véase, GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Filosofía hermenéutica y Derecho*. Disponible en Internet en el sitio: <http://www.uco.es/dptos/ciencias-juridicas/filosofia-derecho/diego/Nuevo/FILOSOFIA/materiales/hermeneuticaART.pdf>

<sup>8</sup> Para una profundización sobre el Iusnaturalismo jurídico véase DE LA TORRE, Jesús Antonio. *Iusnaturalismo, personalismo y filosofía de la liberación*. Una versión integradora. Colección Universitaria MAD. SL. Sevilla, 2005.

<sup>9</sup> Cf. KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, 2ª Ed. Cap. I “Derecho y naturaleza”. UNAM, México, 1982. pp. 15 ss.

<sup>10</sup> F. NIETZSCHE. *La voluntad de poder*. Libro Tercero. *Fundamentos de una nueva valoración*. Aguilar. Buenos Aires, 1967. Disponible dans le site d'Internet: <http://www.vivilibros.com/excesos/07-a-07.htm>



Peter Drucker

Esta conceptualización del derecho, ciertamente la más difundida en Iberoamérica, incluso hasta la actualidad, conduce a una conclusión muy problemática para la formación jurídica, como es aquella de la identificación del derecho con la norma, ya que, si el derecho depende de un fundamento objetivo, o si tiene un carácter « puro », de lo que se trata es de precisar y aplicar unas normas que contienen, expresan y comunican el derecho. Desde esta perspectiva, formar en derecho es, básicamente, enseñar normas que deben ser memorizadas y, posteriormente, aplicadas siguiendo las reglas del silogismo lógico.

Por su parte, las concepciones hermenéuticas del derecho, parten del carácter interpretativo del conocimiento humano, en el cual, tal como lo enuncia Nietzsche en *La Voluntad de poder*, « no existen hechos, tan sólo interpretaciones »<sup>10</sup>, por tanto, todo conocimiento depende de un contexto histórico determinado, es decir que aunque la realidad sea una sola, las

conceptualizaciones que se realizan de ella son diversas, al depender de la cultura, las categorías, los intereses y los condicionamientos del contexto en el cual se producen. Obviamente interpretación no es sinónimo de relativismo<sup>11</sup>, sino de reconocimiento de que el texto de la norma no agota el derecho, sino que el derecho viene dado por una serie de objetivos y propósitos de carácter sociológico, ético y político, de los cuales la norma es sólo un indicativo, el cual no alcanza a agotar ni a expresar totalmente su contenido.

En esta perspectiva del derecho se encuentran, entre otras, las propuestas de Jürgen Habermas, en su obra *Facticidad y Validez*<sup>12</sup>, de Ronald Dworkin, con su concepción interpretativa del Derecho, especialmente contenida en su libro *Los Derechos en Serio*<sup>13</sup>, y de Robert Alexy, con su propuesta argumentativa del derecho, expresada, entre otras partes, en su obra *Teoría de la argumentación jurídica*<sup>14</sup>. Así pues, el núcleo de una concepción hermenéutica del derecho consiste en que el problema de las normas jurídicas consiste en articular su legitimidad, su validez y su eficacia. Legitimidad que es política, Validez que es jurídica y Eficacia que es sociológica y ética<sup>15</sup>.

Tomando como marco de referencia esta división de las concepciones jurídicas, y retomando la idea inicial de Drucker, en una sociedad del conocimiento, caracterizada por el pluralismo y por la complejidad, el objetivo de la formación jurídica es, básicamente, el desarrollo de capacidades, habilidades y destrezas para que el estudiante pueda interpretar y argumentar los principios y las normas jurídicas desde sus directrices políticas, en función de una respuesta a las necesidades sociales y asumiendo los valores universalizables de su sociedad.

Al traducir estas premisas a la formación jurídica de los administradores públicos, se pueden precisar, entre otras, las siguientes conclusiones:

En primera instancia, es necesario reconocer que el administrador público no es, ni debe ser, un « pequeño abogado », de ahí que no se trate de comunicarle « en píldoras » toda la formación jurídica que se ofrece en una facultad de derecho; en este sentido, de lo que se trata es de formarlo para desarrollar en él capacidades, habilidades y competencias que le permitan valerse de las normas pertinentes a sus funciones para un mejor logro de los objetivos de su gestión.

En un segundo momento, superando las concepciones pre hermenéuticas del derecho, dichas capacidades, habilidades y competencias deben orientarse para que pueda « interpretar » y « argumentar »<sup>16</sup> la legislación desde los referentes ético – políticos que le impone su carácter de

<sup>11</sup> Para dilucidar el no relativismo de la hermenéutica, véase. GADAMER, H.G. *Verdad y método II*. Cap. 4 ¿Qué es la verdad? Sígueme, Salamanca, pp. 51 ss.

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta, Madrid, 2001.

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Ariel Derecho, Barcelona, 2002.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica: Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

<sup>15</sup> Para una revisión de la articulación entre Legitimidad, Validez y Eficacia del derecho en el caso colombiano, véase, MEJÍA, Oscar. *Derecho, Legitimidad y Democracia deliberativa*. Temis, Bogotá, 1998.



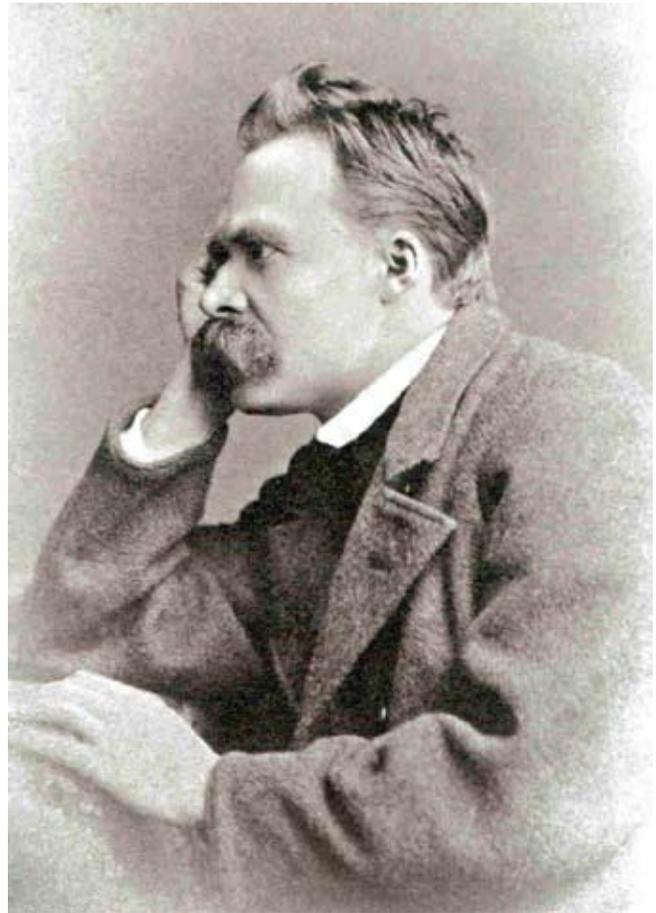
servidor público.

Y, en un tercer momento, teniendo como horizonte la necesaria articulación de la legitimidad política, de la validez jurídica y de la eficacia social y ética de las normas, la formación jurídica del administrador público debe estar en íntima articulación con su formación política, ética y sociológica, en particular, y con el resto de las áreas de la formación en administración pública, en general, para que pueda desarrollar las competencias necesarias que le permitan « comprender y actuar sistemáticamente », como servidor público, dentro del marco de un Estado de Derecho.

Las consecuencias didácticas de esta opción para la formación de los administradores públicos, vienen dadas por dos orientaciones, la primera, el no centrar dicha formación en el aprendizaje memorístico de las normas, sino en priorizar las funciones, dinámicas y tareas diarias del administrador público, para comprender desde ellas la necesidad de las normas legales, y, desde allí, las formas de interpretación y argumentación de las mismas. En este sentido, se trata de un aprendizaje inductivo, desde los casos y situaciones administrativas diarias, y no deductivo, desde la comprensión y análisis del contenido de las normas.

La segunda orientación didáctica, viene dada por el hecho de hacer de la formación jurídica un saber transversal del currículo de formación de los administradores públicos, sin menoscabo de la existencia de los cursos jurídicos explícitos, de tal forma que se precisen los correlatos políticos, sociológicos, éticos, contables, y, en general, interdisciplinarios del Estado de derecho que debe conocer y promover el funcionariado.

En conclusión, la formación jurídica de los administradores públicos, no debe ser una síntesis de la formación que se ofrece a los abogados, sino que debe orientarse a desarrollar habilidades y competencias de razonamiento jurídico, que les permitan un mejor logro de los objetivos del Estado de derecho. Para esto las concepciones interpretativas y argumentativas del Derecho, constituyen una herramienta fundamental de cara a una mejor toma de decisiones jurídicamente fundamentadas.\*



Federico Nietzsche

<sup>16</sup> Para una precisión de la relación entre interpretación y argumentación en el derecho, véase, RICOEUR, PAUL. Lo Justo. Caparrós, Madrid, 1999. pp. 157 ss.

# INFOJURÍDICA

## Intervención del Procurador de la Administración, Dr. Oscar Ceville en el Lanzamiento del sistema



En nombre de la Procuraduría de la Administración, y en el mío propio, doy a nuestros distinguidos invitados, y les extiengo una cordial bienvenida a este acontecimiento, que no dudamos en calificar como de trascendental importancia para la vida institucional de nuestro País, y, de manera especial para la consolidación del Estado democrático de derecho, tarea que nos concierne a todos los ciudadanos, pero de manera especial a los servidores públicos.

La Procuraduría de la Administración, institución que por mandato de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, debe certificar la vigencia de las normas legales del país, se complace en presentar y en poner a disposición de la sociedad panameña, y de la comunidad internacional interesada en nuestra legislación, su plataforma

virtual denominada INFOJURIDICA, para ofrecer de manera sistemática, comprensiva e integral, las disposiciones legales promulgadas durante toda nuestra vida republicana.

Con el ofrecimiento de esta importante herramienta virtual, la Procuraduría de la Administración pretende optimizar el cumplimiento de este mandato legal, propiciando un acceso fácil, rápido y seguro a los marcos legales que rigen a la República de Panamá como un Estado de Derecho.

Al propiciar el acceso ciudadano a toda la legislación vigente, a las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia en materia de constitucionalidad, a las normas publicadas (y no publicadas)



en la Gaceta Oficial, al contenido de los Tratados firmados por el País, así como a las leyes formales de la Asamblea Nacional, a los decretos de gabinete, a los decretos ley, decretos ejecutivos, contratos y a los reglamentos de carácter general, la Procuraduría de la Administración pretende contribuir desde otro ángulo a garantizar el principio de la legalidad, y brindar un aporte adicional a la seguridad jurídica que debe caracterizar a las modernas democracias.

Es evidente que, en las sociedades actuales, el principal eje del desarrollo y del progreso, viene dado por el conocimiento, fenómeno que identificamos con la expresión “sociedad del conocimiento”, para significar que, si bien es cierto que la agricultura, ligada a la posesión de la tierra, el comercio, como escenario de intercambio de bienes y capitales, y la actividad industrial, constituyen ejes del desarrollo, no es menos cierto que la precisión y generación del conocimiento son, y serán, las bases fundamentales para que todos los países alcancen niveles óptimos de progreso.

Desde esta perspectiva, si nos preguntáramos hoy qué conocimientos básicos debe tener una sociedad para progresar y desarrollarse en términos de calidad de vida, de orden y de justicia social, no cabe duda que uno de ellos, si no el principal, sería el de las normas que regulan las relaciones de dicha sociedad.

Con base en esta premisa, podríamos concluir que el trabajo manual, la circulación de bienes y capitales, y los recursos naturales, sólo se constituyen en factores de desarrollo si están sustentados en una adecuada base de conocimiento y que una parte importante de esa base lo constituye el conocimiento de las normas jurídicas vigentes en el país, por lo que INFOJURIDICA, constituye un decisivo aporte a la sociedad del conocimiento en su dimensión jurídica.

Ahora bien, si reconocemos que el conocimiento empodera al individuo no sólo para que asuma responsabilidades y tenga competencias, sino para que sea más autónomo, consciente y responsable de sí mismo, podríamos concluir que el espíritu de INFOJURÍDICA no es otro que el de “empoderar” a los ciudadanos para que sean agentes de su propio desarrollo social, al ofrecer a toda la sociedad el conjunto certificado de los marcos normativos que nos rigen.

Como es obvio, un ciudadano que conoce las normas que rigen sus relaciones para con sus conciudadanos y para con las instituciones de su sociedad, no sólo es un ciudadano más libre, sino más capaz

y más autónomo, que contribuye al fomento de la paz social, al cultivo de los valores democráticos que animan las leyes que nos rigen, lo mismo que a la construcción de la legitimidad por la vía de la legalidad, en los términos propuestos por el jurista y filósofo Jürgen Habermas.

Como consecuencia de lo expresado podemos afirmar que desde la precisión del empoderamiento; desde la generación de una cultura de la legalidad, y desde la constitución de un fundamental activo para el desarrollo social; el ofrecimiento expedito, preciso y gratuito de nuestro ordenamiento jurídico, a través de INFOJURÍDICA, acerca el Estado al ciudadano, ofreciéndole servicios que le resultan fundamentales para su vida personal, profesional y social.



Vale la pena resaltar que, a pesar de todas las cualidades y virtualidades señaladas, INFOJURÍDICA es básicamente un instrumento, y como tal, sus bondades sólo pueden convertirse en realidad a través de una adecuada utilización por parte de los ciudadanos.

En ese sentido los servidores públicos tendremos una fuente segura de consulta, que nos permitirá consolidar nuestra tarea de velar por los intereses del Estado y de servir a la comunidad; los abogados litigantes, tendrán una eficiente ayuda en sus tareas profesionales; y cada ciudadano podrá obtener una información clara sobre sus derechos y sus obligaciones en un Estado social y democrático de Derecho.

El servicio informático que hoy inauguramos también abre horizontes sumamente prometedores. Por una parte, el de servir de apoyo a tareas investigativas por parte de juristas, de estudiantes y de estudiosos del derecho, y por otra, el de colaborar con la modernización de la legislación nacional.



En lo relativo al apoyo a las labores investigativas, INFOJURÍDICA se propone como una indispensable herramienta para todos aquellos, que con espíritu investigativo, quieran aproximarse a nuestro derecho para conocerlo y mejorarlo.

En lo que concierne a su potencial como instrumento de modernización de la legislación nacional, resulta evidente que, quienes tienen como encargo la elaboración de leyes, la administración de justicia o la formulación de políticas públicas, encontrarán en INFOJURÍDICA, una ayuda eficaz que les permita argumentar con solidez sus valoraciones sobre nuestra legislación.

Convencidos de que las futuras generaciones de panameños y panameñas, verán con naturalidad el fácil acceso a los recursos que hoy nos congratulamos en inaugurar, y que ellos gozarán con paz, orden, calidad de vida y justicia social, del País que hoy nos esforzamos en construir, es nuestro deseo terminar esta reflexión con un sincero agradecimiento a todas las personas que han hecho posible que este día llegara.

A la Unión Europea cuya financiación parcial contribuyó a hacer realidad este Proyecto; a las firmas de abogados que nos permitieron el acceso a sus archivos de gacetas oficiales, para encontrar ediciones antiguas de las que las instituciones públicas no tenían registros; al equipo de abogados de la Procuraduría de la Administración que ha realizado la juiciosa tarea de la sistematización de los contenidos; al personal técnico informático de la institución que se ha esforzado en facilitar el manejo de las herramientas virtuales; a las diferentes instituciones del Estado que han prestado su apoyo para esta causa, y sobre todo, a aquellos conciudadanos, a los Presidentes de la República, Ministros, Legisladores y Magistrados, que a través del tiempo han gestado estas normas para el bien del país, muchos de los cuales hoy ya no nos acompañan. A ellos, y a los que de una u otra forma han contribuido para la cristalización de este noble proyecto; que a todos les acompañe la gratitud de la nación entera.

Doctor Oscar Ceville, Procurador de la Administración \*



**La Procuraduría de la Administración...sirve a Panamá, te sirve a ti.**

Calle 34, Ave. Cuba, La Exposición - Antiguo Palacio de Arte, Panamá, República de Panamá  
Central Telefónica: (507) 500-3350 / Telefax: (507) 500-3309  
[www.procuraduria-admon.gob.pa](http://www.procuraduria-admon.gob.pa)