



PROLEGÓMENOS

Derechos y Valores

Revista de la Facultad de Derecho

Bogotá D.C. Colombia	Volumen XVI Núm. 31	Enero - Junio de 2013	ISSN 0121-182X	Pg. 1 - 220
-------------------------	------------------------	--------------------------	-------------------	----------------



RECTOR	MG (r) Eduardo Antonio Herrera Berbel
VICERRECTOR GENERAL	MG (r) Alberto Bravo Silva
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO	BG (r) Hugo Rodríguez Durán
VICERRECTORA ACADÉMICA	Dra. Martha Lucía Bahamón Jara
VICERRECTOR DE INVESTIGACIONES	Dr. Fernando Cantor Rincón
VICERRECTOR CAMPUS NUEVA GRANADA	BG (r) Héctor Eduardo Peña Porras
DECANO FACULTAD DE DERECHO	Dr. Héctor Fernando Castro Alarcón

PROLEGÓMENOS

Derechos y Valores

Revista de la Facultad de Derecho

DIRECTORA CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES	Dra. Jacqueline Blanco Blanco
EDITOR DE LA REVISTA	Dr. Walter René Cadena Afanador
ASISTENTE EDITORIAL	Dra. Ángela Patricia Bernal Guzmán
ASESOR EXPERTO COMITÉ EDITORIAL	Dr. Ernesto Lorenzo Ravelo Contreras

Revista indexada en el Índice Bibliográfico
Nacional IBN - PUBLINDEX Categoría B

Revista indexada internacionalmente en la
Red de Revistas Científicas de América Latina,
El Caribe, España y Portugal. Redalyc

Revista Indexada en las Bases de datos de EBSCO
Fuente Académica, Google Académico y Dialnet

Síguenos en Twitter:
@RevProlegomenos

COMITÉ EDITORIAL

José Germán Burgos Silva – Ph. D.
Universidad Nacional, Bogotá. Colombia.

Misael Tirado Acero – P. D.
Universidad Santo Tomás. Colombia.

Álvaro Enrique Márquez Cárdenas – Ph. D.
Universidad Santo Tomás. Colombia.

Javier Francisco Franco Mongua – C- Ph. D.
Universidad Militar Nueva Granada. Colombia.

Andrés Botero Bernal – Ph. D.
Universidad de Medellín. Colombia.

Sergio Roberto Matías Camargo – Ph. D.
Universidad Libre. Colombia.

COMITÉ CIENTÍFICO

Guillem Colom – Ph. D.
Universidad de Sevilla. España.

Jean Cadet Odimba – Ph. D.
Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. México.

Germán Alfonso López Daza – Ph. D.
Universidad Surcolombiana, Neiva. Colombia.

Diana Rocío Bernal Camargo – Ph. D.
Universidad Militar Nueva Granada. Colombia.

José Antonio Savaris – Ph. D.
Universidade do Vale do Itajaí: (Univali), Santa Catarina. Brasil.

Jacqueline Blanco Blanco – C- Ph. D.
Universidad Militar Nueva Granada. Colombia.

CORRECCIÓN

Estilo & Traducciones

CARÁTULA

“Eclipse de Sol y celos de la luna”

Autora: Isabel Crooke Ellison
Técnica: Tinta china y acuarela sobre papel acuarela.
Dimensiones: 50 x 35 cm.

En palabras de la artista, “Representa la Luna seduciendo al Sol” (que lleva por supuesto a su eclipse).

Mientras tanto, la Tierra llora amargamente, aterrada al pensar que va a perder a su amante. Sin el Sol, todo se morirá. La Luna es a la vez, la hermana del Sol”.

Esta obra muestra “una preocupación que aparece en muchos de los mitos de diferentes comunidades indígenas colombianas. En un momento dado, el Sol puede no volver a iluminar y calentar a la Tierra. Por ejemplo, los arhuacos de la Sierra Nevada creen que estamos gozando de un tercer sol. Los otros dos soles desaparecieron por diferentes razones hace milenarios y hubo caos total. Ahora estamos bien, pero en cualquier momento, nuestro Sol también puede dejarnos”.

DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN

Editorial Kimpres Ltda.
PBX: 413 6884
www.kimpres.com
Bogotá, D.C. - Colombia

PERIODICIDAD

Semestral

Número de ejemplares
500

DEPÓSITO LEGAL

© Derechos Reservados

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los autores.
Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.

ISSN 0121 – 182X

Bogotá, Colombia.

CONTENIDO

Volumen XVI No. 31 – Enero - Junio de 2013

Editorial: ¿quo vadis domine?	9
Walter René Cadena Afanador	
Mecanismos de protección de los tenedores de bonos en el mercado de valores chileno	21
Jaime Ramiro Gallegos Zúñiga	
La responsabilidad del productor por garantías de bienes y servicios en el derecho colombiano	45
Juan Carlos Villalba Cuéllar	
Criminalidad local y gasto en justicia: el caso de Colombia (1918-1975)	69
Loly Aylú Gaitán Guerrero	
La reconstrucción del espejo: 1969 ¿El indígena como persona?	87
Luisa Fernanda García Lozano	
La extraterritorialidad de la ley penal: el principio de justicia universal, su aplicación en Colombia	99
Henry Torres Vásquez	
El reconocimiento como presupuesto discursivo para una concepción pluriversalista de derechos humanos	117
Anderson Vichinkeski Teixeira	
La responsabilidad médica del Estado o de los prestadores en salud privados derivada de prótesis mamarias defectuosas	131
José López Oliva	
El Protocolo de Madrid y el régimen de las franquicias en Colombia	155
Rodrigo Plazas	
La Comunidad Andina en el marco de lo jurídico y político	173
Carolina Blanco Alvarado	
Terciarización y flexibilización de las normas laborales en Brasil	189
Fernanda Sousa Oliveira	
Instrucciones a los autores	203

CONTENT

Volumen XVI No. 31 – January - June 2013

Editorial: ¿quo vadis domine?	11
<i>Walter René Cadena Afanador</i>	
Defense mechanisms of bondholders in the chilean stock market	21
<i>Jaime Ramiro Gallegos Zúñiga</i>	
The producer liability for the guarantee of goods and services on colombian law	45
<i>Juan Carlos Villalba Cuéllar</i>	
Local criminality and expenses on justice: the case of Colombia (1918–1975)	69
<i>Loly Aylú Gaitán Guerrero</i>	
The reconstruction of the mirror: 1969 the native as a person?	87
<i>Luisa Fernanda García Lozano</i>	
Extraterritoriality of criminal law: the principle of universal justice, its application in Colombia ..	99
<i>Henry Torres Vásquez</i>	
Recognition as a discursive postulate for a pluriversalist conception of human rights	117
<i>Anderson Vichinkeski Teixeira</i>	
The medical liability of the State or the providers in private health derived from defective breast prostheses	131
<i>José López Oliva</i>	
The Madrid Protocol and the franchise regime in Colombia.....	155
<i>Rodrigo Plazas</i>	
The Andean Community within the framework of the legal and political	173
<i>Carolina Blanco Alvarado</i>	
Outsourcing and relaxation of labor norms in Brazil	189
<i>Fernanda Sousa Oliveira</i>	
Instructions to author	203

CONTEÚDO

Volume XVI No. 31 - January - June 2013.

Editorial: ¿quo vadis domine?	17
<i>Walter René Cadena Afanador</i>	
Mecanismos de proteção dos portadores de títulos no mercado chileno	21
<i>Jaime Ramiro Gallegos Zúñiga</i>	
A responsabilidade do produtor na garantia de bens e serviços no direito colombiano.....	45
<i>Juan Carlos Villalba Cuéllar</i>	
Criminalidade local e o gasto na justiça: o caso da Colômbia (1918-1975).....	69
<i>Loly Aylú Gaitán Guerrero</i>	
Reconstrução do espelho: 1969 o indígena como pessoa?	87
<i>Luisa Fernanda García Lozano</i>	
A extraterritorialidade da lei penal: o princípio da justiça universal, e a sua aplicação na Colômbia	99
<i>Henry Torres Vásquez</i>	
O reconhecimento como pressuposto discursivo para uma concepção pluriversalista dos direitos humanos	117
<i>Anderson Vichinkeski Teixeira</i>	
A responsabilidade médica do Estado ou dos prestadores de saúde privado derivada das próteses de mama defeituosas.....	131
<i>José López Oliva</i>	
O Protocolo de Madri e do regime das franquias na Colômbia.....	155
<i>Rodrigo Plazas</i>	
A comunidade Andina no âmbito do jurídico e político.....	173
<i>Carolina Blanco Alvarado</i>	
Terceirização e flexibilização das normas trabalhistas	189
<i>Fernanda Sousa Oliveira</i>	
Instruções aos autores	203

Editorial

¿quo vadis domine?

Walter René Cadena Afanador
Professor adjunto, Universidad Militar Nueva Granada

Escribir es un ejercicio de humildad académica, pero también es una forma de redención intelectual. Investigar, reflexionar para un profesor universitario no debe ser una opción, es sencillamente una obligación, por cuanto debe existir una correspondencia entre el quehacer docente y la trascendencia del aporte personal tanto en la formación de los educandos como en la construcción del conocimiento, sea cual fuere su disciplina.

Escribir tiene sus riesgos, los cuales se profundizan cuando lo escrito se publica. Los textos publicados son motivo de orgullo para su autor, pero también son un pesado lastre que le recordará de manera perenne lo que en alguna ocasión su pensamiento dejó plasmado. Tal como señala el holandés Cees Nooteboom, “publicar textos equivale a pensar en voz alta” (2010, p. 82). De allí que debamos ser tan cuidadosos con lo que escribimos y publicamos.

Para ello hay que despojarnos de aquel tentativo e inútil hábito de superioridad académica o investigativa que se desprendería por el hecho de ser autor de un artículo publicado en la revista A o el journal B, que están indexados en la categoría Y o que pertenecen a la base de datos Z. Estos *indicadores de productividad*, tal como la actual tecnocracia académica los denomina, no son la esencia, no es el resultado en sí mismo. La actitud del académico debe ser genuflexa frente al conocimiento generado y de comprometida flexibilidad frente al cuestionamiento de los paradigmas imperantes. Volviendo a ese hábil y reflexivo narrador que es Nooteboom, la humildad académica siempre debería ser un derrotero:

Escribir consiste en reagrupar lo que ya se ha escrito antes, uno siempre tiene a la

mano cien escritores, aunque no lo sepa o no lo deseé. A este respecto no hay nada que hacer. Los mejores no permiten que se note; lo que yo hago es labor de sirvientes (2010, p. 131).

Tarea noble la que es inmanente al ejercicio docente en la disciplina jurídica. El abogado es un eje fundamental en la construcción de la sociedad. Debido a su estatus y a los roles que tiene el jurista dentro de la comunidad, su influencia ha sido y es significativa. La responsabilidad del abogado es superlativa debido a su perfil laboral multifacético y su cercanía con el poder: sea como juez, fiscal, litigante, asesor, empresario, legislador, político, académico, diplomático o gobernante. Debido a esa capacidad de influencia, la profesión de abogado es quizás de las profesiones que mayor posibilidad tiene de parecerse a una especie de arquitecto de la sociedad, ya que puede moldearla, para bien o para mal. Eso sí, no se debe confundir el orgullo de ser un profesional del derecho con la mera vanidad.

La tarea del abogado se torna cada vez más compleja, más cuando nuestros tiempos están signados por las abstracciones jurídicas o tal como la denomina Grossi (2003), por ser una *edad de mitología jurídica*. El derecho no puede caer en la inamovilidad, ya que es una disciplina que pertenece a las ciencias sociales aplicadas. El derecho, como construcción humana que es, no debe olvidar que más allá de las normas y las ficciones jurídicas, existe una realidad subyacente que es su objeto, donde el ser humano es la razón de ser fundamental. En este sentido, el citado autor italiano resulta contundente al señalar:

El derecho es aplicación más que norma. Cuidado con inmovilizarlo en un mandato, más que aún si el mandato encuentra su propia inmovilización en un texto; cuidado con la regla jurídica que deviene y queda en texto impreso. El riesgo probable está en su alejamiento de la vida.

El derecho es, en primer lugar, ordenamiento; con lo que se quiere subrayar, más allá del cambio terminológico, que su autoridad está en los contenidos que compone y que propone, está en ser lectura objetiva de la realidad, intento de la racionalización de la realidad. Es una autoridad que nace de abajo, que hace que se acepte y observe espontáneamente por la sociedad (...). Con el derecho-ordenamiento hasta el hombre de la calle puede reconciliarse (Grossi, 2003, p. 60).

Las realidades latinoamericanas sobrepasan el realismo mágico con que muchos autores la han descrito y denunciado. Colombia, paraíso macondiano donde todo pasa y no pasa nada, no es la excepción. Nuestro país como Estado independiente nació en medio del contexto de las guerras libertadoras y la conflictividad, donde dicho panorama ha acompañado la historia nacional de manera constante y nefasta. Ya Tilly nos indicaba que generalmente el Estado hace la guerra y viceversa (2000, p. 109).

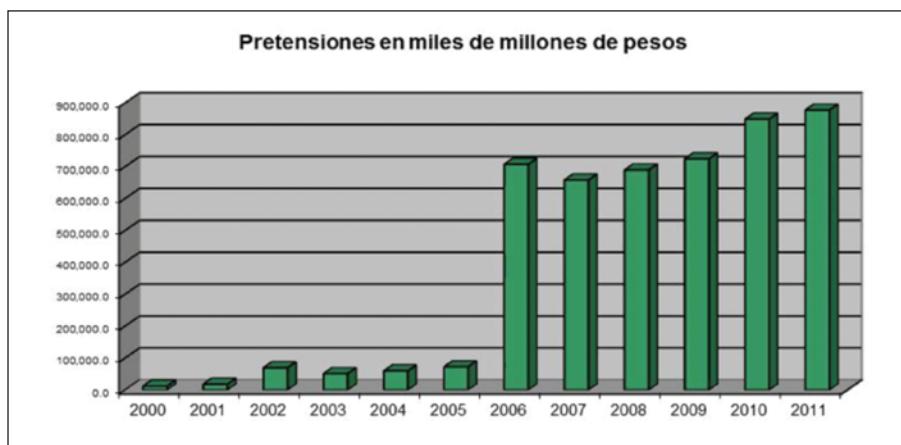
En la actualidad el país vive un nuevo proceso de paz, entre el gobierno del presidente Juan Manuel Santos y la principal agrupación guerrillera, las FARC. La percepción generalizada que existe frente al proceso es el de una especie de expectativa escéptica. La sociedad colombiana, agobiada por tantas décadas de violencia endémica, espera de los integrantes de la mesa de negociación unos presupuestos mínimos dentro del proceso, como son la justicia, la verdad, la reconciliación, la reparación, el respeto integral de los derechos humanos, entre tantos otros aspectos. De allí que en un escenario de postconflicto, el derecho no puede sustraerse de la realidad, ya que se generaría abismos insalvables entre la normativa que consagre los acuerdos logrados y su eficacia práctica.

En este ámbito, es preocupante la creciente cantidad de demandas y fallos emitidos contra Colombia por responsabilidad contenciosa administrativa. Debe llamarnos a una profunda reflexión la situación de las demandas contra el Estado, las previsiones presupuestales que ha hecho el gobierno en la última década y el grado de morosidad estatal en pagar los fallos proferidos.

Tomando como fuente de consulta los balances presentados anualmente al Congreso de la República por parte de la Contaduría General de la Nación y la información consolidada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se observan cuatro criterios relevantes en este tema: las pretensiones de las demandas presentadas contra el Estado, las provisiones presupuestales, lo fallado por pagar y lo pagado.

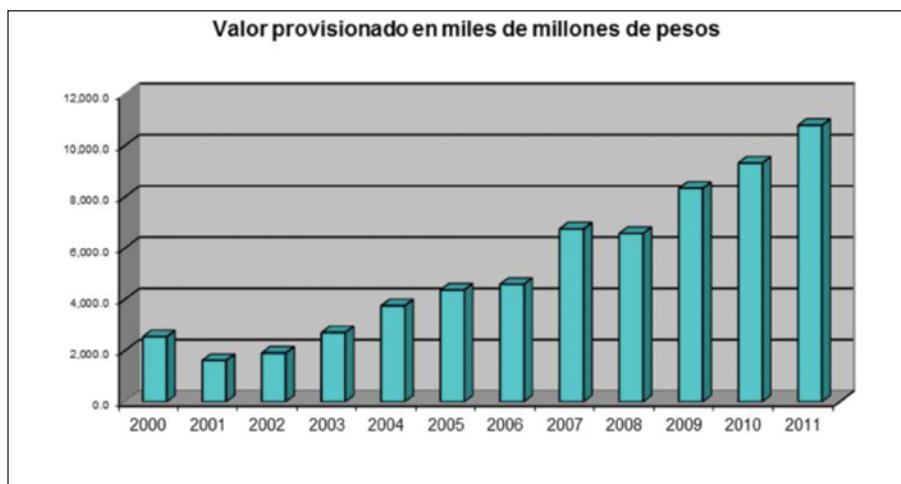
Las pretensiones en las demandas presentadas contra el Estado (Gráfica núm. 1) tuvieron un comportamiento de crecimiento durante el período del 2000 al 2005, oscilando entre \$12 y 72 billones. Esta tendencia de crecimiento se mantuvo durante el período entre 2006 y 2011 por cuenta de una demanda contra el entonces el Incora (hoy Incoder) cuyo monto por pretensiones era de \$523 billones. Afortunadamente para la nación, el Estado fue absuelto por el Consejo de Estado en lo que se ha considerado como el proceso contencioso administrativo más costoso en la historia del país¹. Excluyendo el proceso del Incora, el monto de las pretensiones llegaría a 354 billones, lo que equivale a un aumento de 29 veces su valor en el transcurso de una década.

¹ La demanda fue presentada por los herederos de Mirócletes Durango Ruiz, abogado sotepatrano que en la década de 1920 atesoró diversos títulos rurales del oriente antioqueño. El territorio en litigio era el fundo denominado "Tierras del Oriente Antioqueño" con una extensión de 1.926 kilómetros cuadrados (un poco más extenso que el departamento del Quindío), perteneciente a 11 municipios. El fallo proferido por el Consejo de Estado el 7 de noviembre de 2012 confirmó la sentencia ad quo de negar las pretensiones a los demandantes quienes "perdieron la posesión sobre los terrenos antes que se iniciara el trámite de extinción del dominio. Mal haría esta Corporación en ordenar que el Estado repare un daño que se produjo debido a circunstancias ajenas al procedimiento del Incora" (Consejo de Estado, noviembre 14 de 2012).

Gráfica 1. Pretensiones (en miles de millones de pesos)

Fuente: Contaduría General de la Nación (2013)

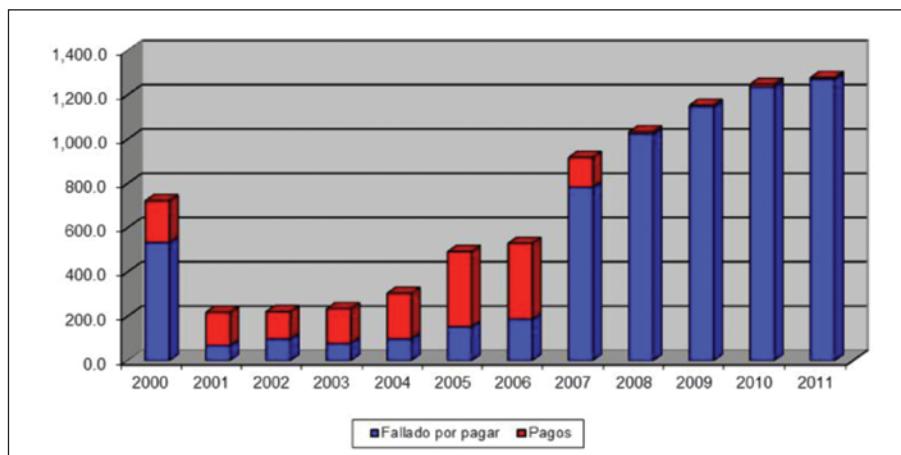
El rubro presupuestal de valor provisionado (Gráfica 2) durante el lapso del año 2000 al 2011 se cuadriplicó, pasando de \$2,5 billones a \$10,7 billones, lo que equivale al 3,2% del PIB para ese año.

Gráfica 2. Valor provisionado (en miles de millones de pesos)

Fuente: Contaduría General de la Nación (2013)

La gráfica 3 hace la comparación entre el rubro de *Fallado por pagar* y el de *Pagos*. Frente al primer rubro, se presentan dos períodos bien definidos: el primero que va del año 2000 (\$533,9 mil millones) al año 2006 (\$187,3 mil millones), con una reducción del 65% en el monto de los fallos condenatorios al Estado; la segunda fase va del año 2007 (\$783,4 mil millones), esto es,

más de tres veces el monto del año inmediatamente anterior) al 2011 (\$1,271 billones). De esta manera, en el lapso de 12 años los fallos por pagar se han duplicado, con un incremento sostenido en los últimos cinco años. Esta tendencia coincide con la anterior gráfica, en la que el valor provisionado presentó un incremento del 135% durante los últimos cinco años.

Gráfica 3. Fallado por pagar vs. Pagos (en miles de millones de pesos)

Fuente: Contaduría General de la Nación (2013)

Respecto al rubro de *Pagos*, se evidencia una tendencia que ha hecho carrera dentro de las demandas contenciosas administrativas condenatorias: que el Estado dilata los pagos de una manera injustificada. Nuevamente se identifican los dos períodos antes mencionados: el primero es desde el año 2000 al año 2006 donde el rubro de *Pagos* superaba al monto de lo *Fallado por pagar*. La relación se invierte de manera dramática a partir del 2007 hasta el 2011. Para este año, el Estado sólo pagó \$7,8 mil millones de los \$1,271 billones que correspondían a lo fallado por pagar. Esto equivale a una morosidad estatal en los pagos del 99,4%.

Esta última cifra es simplemente escandalosa. En los estrados judiciales desde antaño hizo carrera la frase de “respetar pero no compartir” un fallo cuando es condenatorio, pero en el caso del Estado pareciera significar “respeto pero no pago” el fallo condenatorio. Es lamentable la gestión que realiza el Estado a través de sus organismos, como la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el Ministerio de Hacienda y la Fiduprevisora, al no tener una gestión eficiente de sus obligaciones judiciales para con sus propios ciudadanos.

De esta manera, ¿cómo se les puede exigir a los ciudadanos que cumplan con sus obligacio-

nes judiciales, cuando es el mismo Estado el primero que las incumple?

Sí, es cierto: son abstracciones de la realidad colombiana en tiempos de mitología jurídica.

REFERENCIAS

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2013). *Notas de prensa*. Extraído de http://www.defensajuridica.gov.co/portal_prensa.html en Mayo 22 de 2013.

Consejo de Estado. (2012, noviembre 12). *Enrique Durango Sanín y otros vs. Incora (hoy Incoder)*. Proceso núm. 05001233100020030230801 (37046).

Contaduría General de la Nación (2013). *Sistema CHIP*. Extraído de http://www.chip.gov.co/schip_rt/ en mayo 24 de 2013.

Grossi, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid: Editorial Trotta.

Nooteboom, C. (2010). *En las montañas de Holanda*. Barcelona: Random House Mondadori.

Tilly, C. (2000). *Las Revoluciones Europeas, 1492-1992*. Madrid: Alianza.

Editorial

¿quo vadis domine?

Walter René Cadena Afanador
Associated Professor, Universidad Militar Nueva Granada

Writing is an academic exercise in humility, but also a form of intellectual redemption. For a college professor investigating, reflecting, should not be an option, is simply an obligation, because there must be a shared responsibility between the teaching work and the importance of personal contribution in both the formation of students and the construction of knowledge, regardless of their discipline.

Writing has its risks, deepened when what is written is published. Published texts are a source of pride for its author, but also a heavy burden that will remind perennially to the writer what his thoughts once expressed. As stated by the Dutchman Cees Nooteboom, "publishing texts is equivalent to thinking aloud" (2010, p. 82). From there we should be so careful about what we write and publish.

This requires to get rid of that tentative and useless breath of academic or research superiority that derives from the fact that the author of an article published in the journal A or B, indexed in category Y or belonging to the Z database. These *productivity indicators*, as the current academic technocracy calls them, are not the essence, not the result itself. The academic attitude should be humble towards generated knowledge and of committed flexibility towards the questioning of prevailing paradigms. Going back to that clever and thoughtful narrator who is Nooteboom, academic humility should always be a path:

Writing is to group what has been written before; you always have one hundred writers at hand, whether one not knows

it or not desired it. In this regard, there is nothing to do. The best do not allow to be noted, what I do is work of servants (2010, p. 131).

Noble task that is inherent to the teaching practice in the legal discipline. The lawyer is a cornerstone in the construction of society. Because of its status and the roles the jurist has within the community, its influence has been and is significant. The lawyer's responsibility is superlative because of its multifaceted job profile and proximity to power: whether as judge, prosecutor, litigator, consultant, entrepreneur, legislator, politician, academic, businessperson, diplomat or ruler. Because of this ability to influence, the legal profession is perhaps the profession that has the greatest chance to resemble an architect of society, as it can mold it, for better or for worse. Just do not confuse the pride of being a professional with mere vanity.

The lawyer's task becomes increasingly complex, especially when our times are marked by legal abstractions or as called by Grossi (2003), for being a legal age of mythology. The law cannot fall into immobility, because it is a discipline that belongs to the applied social sciences. Law, as a human construction, should not forget that beyond the rules and legal fictions, there is an underlying reality, which is its object, where the human being is the fundamental rationale. In this sense, the cited Italian author is blunt to point:

Law is more application than standard. Careful to immobilize it with a mandate, even more if the mandate find its own immobi-

lization in a text; careful with the legal rule that becomes and remains in print. The risk is its probable departure from life.

Law is, in first place, legislation; what wants to emphasize, beyond the change in terminology, that its authority is in the content that composes and proposed, that it is to be an objective reading of reality, an attempt to rationalize reality. It is an authority that comes from below, which makes it to be naturally observed and accepted by society (...). With the law-legislation even the homeless man can be reconciled (Grossi, 2003, p. 60).

The Latin American realities surpass the magical realism that many authors have described and denounced. Colombia, macondian paradise where everything happens and nothing happens, is no exception. Our country as an independent state was born amidst the context of liberation wars and conflicts, and said picture has accompanied national history in a steadily and ominous way. Tilly already told us that generally the state makes war and vice versa (2000, p. 109).

Currently the country is experiencing a new peace process between the government of President Juan Manuel Santos and the main guerrilla group, the FARC. The general perception about the process is a kind of skeptical expectation. Colombian society, burdened with so many decades of endemic violence, expects from the members of the negotiating table minimum assumptions within the process, such as justice, truth, reconciliation, reparation, full respect for human rights, among many others. Hence, in a post-conflict scenario, Law cannot escape from reality, that would generate insurmountable abysses between the regulation that the agreements reached could establish and its practical effectiveness.

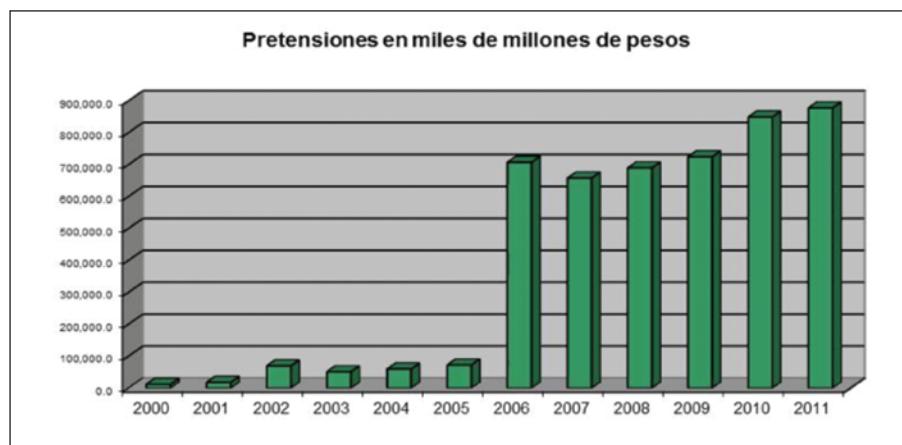
In this regard, the growing number of lawsuits and judgments rendered against Colombia for litigious administrative liability is troublesome.

It should be a call for a deep reflection of the status of claims against the state, the budget projections made by the government in the last decade and the degree of state defaults in paying the handed down sentences.

Taking as reference the balance sheets presented annually to Congress by the General Accounting Office and the consolidated information for the National Legal Defense Agency of the State, there are four criteria relevant to this topic: the claims of the lawsuits filed against the state, the budget provisions, the sentenced to pay and the amount paid.

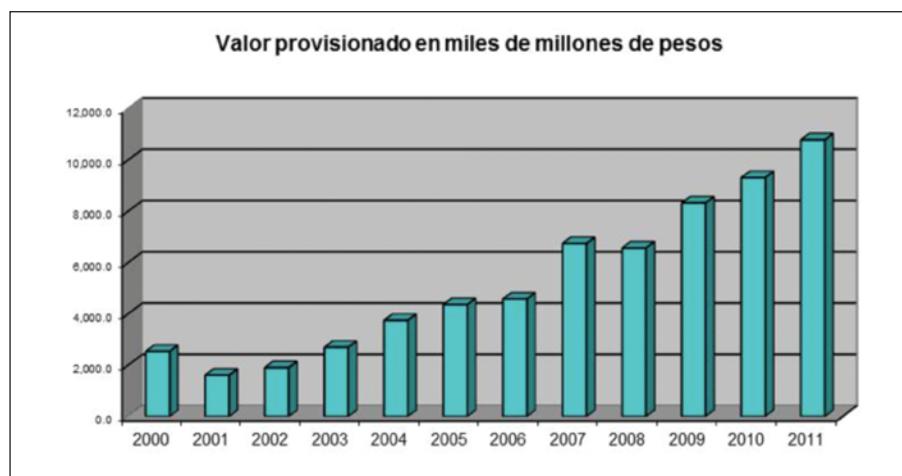
The claims in the lawsuits filed against the state (Graph num. 1) had a behavior of growth during the 2000-2005 period, ranging between \$ 12 and 72 billion. This growth trend continued during the period between 2006 and 2011 on behalf of a lawsuit against then Incora (today Incoder) whose amount per claim was \$ 523 billion. Fortunately for the nation, the State was acquitted by the State Council in what has been considered the most expensive administrative procedure in the country's history¹. Excluding the Incora process, the amount of the claims reach 354 billion, equivalent to an increase of 29 times its value in the course of a decade.

¹ This lawsuit was filed by the heirs of Durango Mirócletes Ruiz, soperetean lawyer that in the 1920s treasured various rural titles from eastern Antioquia. The disputed territory was the country state called "Tierras del Oriente Antioqueño" with an area of 1,926 square kilometers (slightly larger than Quindío), belonging to 11 municipalities. The ruling handed down by the State Council on November 7, 2012 upheld the decision ad quo to deny the claims of the plaintiffs who "lost possession on the land before it had begun the process of domain extinction. This corporation would have done wrong in ordering the State to repair damage that occurred due to circumstances beyond the procedure of the Incora"(Consejo de Estado, November 14, 2012).

Graph 1. Form (in billions of pesos)

Source: Contaduría General de la Nación (2013)

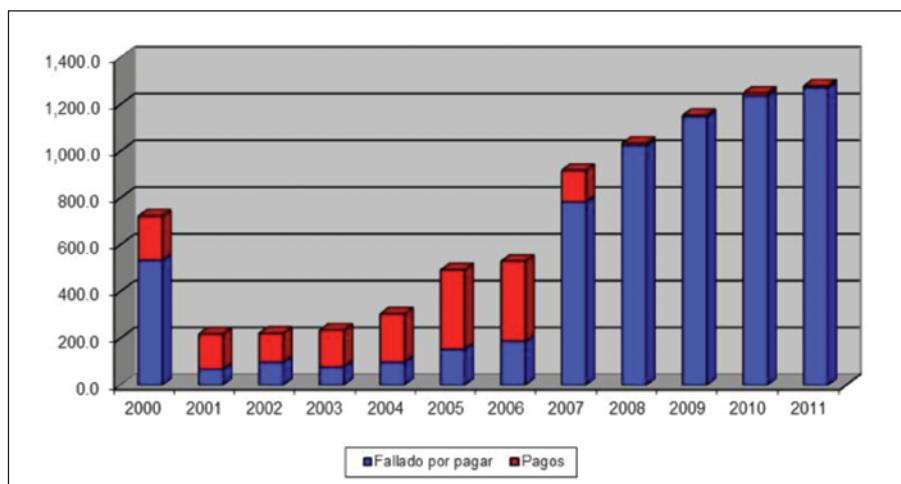
The accrued value accounting category (Chart no. 2) quadrupled during the period from 2000 to 2011, from \$ 2.5 trillion to \$ 10.7 trillion, equivalent to 3.2% of the GDP for that year.

Graph 2. Accrued value (in billions of pesos)

Source: Contaduría General de la Nación (2013)

Graph num. 3 makes a comparison between the *Sentenced to pay* and *Payments* accounting categories. Regarding the first category, there are two distinct periods: the first one is between the year 2000 (\$ 533.9 billion) and year 2006 (\$ 187.3 billion), with a 65% reduction in the amount of convictions to the State, the second phase from year 2007 (\$ 783.4

billion, i.e. more than three times the amount of the previous year) to 2011 (\$ 1.271 billion). Thus, in the span of 12 years the convictions to pay have doubled, with a steady increase in the past five years. This trend coincides with the previous graph, in which the accrued value showed an increase of 135% during the past five years.

Graph 3. Sentenced to pay vs. Payments (in billions of pesos)

Source: Contaduría General de la Nación (2013)

Regarding the accounting category of payments, a trend that has made a career in convictions of administrative contentious lawsuits is evident: that the State dilates payments unjustifiably. Again, the two periods mentioned above, the first is from 2000 to 2006 where the accounting category of *Payments exceeded the amount of Sentenced to pay*. The relationship is dramatically reversed from 2007 to 2011. For this year, the state only paid \$ 7.8 billion of the \$ 1.271 billion corresponding to what was sentenced to pay. This amounts to a government default in payment of 99.4%.

This last figure is simply outrageous. In the courtrooms there is a long-standing phrase that is “respect but do not share” a sentence when it is damning, but in the case of the State seems to mean “respect but do not pay” the conviction. It is unfortunate the poor administration of the State through its agencies such as the National Legal Defense Agency of the State, the Ministry of Finance and the Fiduprevisora, by not having an efficient management of their legal obligations to their own citizens.

In this way, how can one demand to the citizens to fulfill their legal obligations, when the State itself is the first one that fails to fulfill them?

Yes, it is true: they are abstractions of Colombian reality in times of law mythology.

REFERENCES

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2013). Notas de prensa. Extraído de http://www.defensajuridica.gov.co/portal_prensa.html en Mayo 22 de 2013.
- Consejo de Estado. (2012, november 12). Enrique Durango Sanín y otros vs. Incora (hoy Incoder). Proceso núm. 05001233100020030230801 (37046).
- Contaduría General de la Nación (2013). Sistema CHIP. Extraído de http://www.chip.gov.co/schip_rt/ en mayo 24 de 2013.
- Grossi, P. (2003). Mitología jurídica de la modernidad. Madrid: Editorial Trotta.
- Nooteboom, C. (2010). En las montañas de Holanda. Barcelona: Random House Mondadori.
- Tilly, C. (2000). Las Revoluciones Europeas, 1492-1992. Madrid: Alianza.

Editorial

¿quo vadis domine?

Walter René Cadena Afanador
Professor adjunto, Universidad Militar Nueva Granada

Escrever é um exercício de humildade acadêmica, mas também é uma forma de redenção intelectual. Pesquisar, reflexionar por um professor universitário não deve ser uma opção, é simplesmente uma obrigação, porque deve haver uma responsabilidade partilhada entre o trabalho docente e a importância da contribuição pessoal na formação dos alunos como assim também na construção do conhecimento, independentemente da sua disciplina.

Escrever tem seus riscos, os quais se aprofundam quando o escrito for publicado. Os textos publicados são uma fonte de orgulho para o seu autor, mas também é uma pesada pedra que lhe lembrará por sempre o que seu pensamento deixa plasmado. Como afirmou o holandês Cees Nooteboom, «publicar textos é o equivalente a pensar em voz alta» (2010, p. 82). A partir daí, devemos ser muito cuidadosos sobre o que escrever e publicar.

Isso requer livrar-nos da tentativa superioridade que se seguiria a partir do fato de que o autor de um artigo publicado no jornal A ou B, que são indexadas na categoria Y ou pertencentes ao banco de dados Z. Estes *indicadores de produtividade*, como a atual tecnocracia acadêmica os chama, não são a essência, e não o resultado em si. A atitude do acadêmico deve ser genuflexa de frente ao conhecimento gerado e de comprometida flexibilidade aos questionamentos dos paradigmas vigentes. Voltando ao narrador inteligente e pensativo que é Nooteboom, a humildade acadêmica deve sempre ser um listrado:

Escrever é agrupar o que foi escrito antes, você vai ter sempre à mão uma centena de escritores, embora você saiba ou não deseja saber. Neste contexto, não há nada a fazer. Os melhores não permitem que se note, o que eu faço é o trabalho dos empregados (2010, p. 131).

Nobre tarefa que é inerente à prática docente na disciplina jurídica. O advogado é um pilar na construção da sociedade. Devido ao seu *status* e aos papéis do jurista dentro da comunidade, a sua influência tem sido e é significativa. A responsabilidade do advogado é superlativa por causa de seu perfil de trabalho multifacetado e a proximidade ao poder: seja como juiz, promotor, litigante, consultor, empresário, legislador, político, acadêmico, empresário, diplomático ou governante. Devido a esta capacidade de influência, a profissão de advogado é talvez a maior profissão que tem a oportunidade de se parecer com uma espécie de arquiteto da sociedade, ele pode moldá-la, para melhor ou para pior. É importante compreender, não deve confundir o orgulho de ser um profissional em direito com a mera vaidade.

A tarefa do advogado torna-se cada vez mais complexa, especialmente quando nossos tempos são marcados por abstrações jurídicas como Grossi (2003) tem legal ou denominou, por ser a idade da *mitologia jurídica*. O direito não pode cair na inamovibilidade, pois é uma disciplina que pertence à ciências sociais aplicadas. O direito, como uma construção humana, não pode esquecer que além das regras e as ficções legais, existe uma realidade subja-

cente que é o seu objeto, onde o ser humano é a razão fundamental. Neste sentido, o citado autor italiano é franco em assinalar:

O direito é mais aplicação do que norma. Cuidado com imobiliza-lo em um comando num mandato, por mais que ainda mandato encontre a sua própria imobilização num texto; cuidado com a regra legal que devém e permanece na impressão. O risco é, provavelmente, a sua saída da vida.

O direito é, em primeiro lugar, ordenamento; por tanto se quer enfatizar, além da mudança na terminologia, que a sua autoridade está nos conteúdos que compõe e propõe, está em ser a leitura objetiva da realidade, a tentativa de racionalização da realidade. É uma entidade que vem de baixo, o que faz que a sociedade aceite e observe naturalmente (...). Com o direito-ordenamento até o homem da rua podem se reconciliar (Grossi, 2003, p. 60).

As realidades da América Latina vão além do realismo mágico com que muitos autores descreveram e denunciaram. Colômbia, paraíso do Macondo onde tudo acontece e nada acontece, não é a exceção. O nosso país como um Estado independente nasceu no meio do cenário de guerras e conflitos libertadores, onde dito panorama tem acompanhado a história nacional de forma constante e ameaçadora. Tilly nos disse que, geralmente, o estado faz a guerra e vice-versa (2000, p. 109).

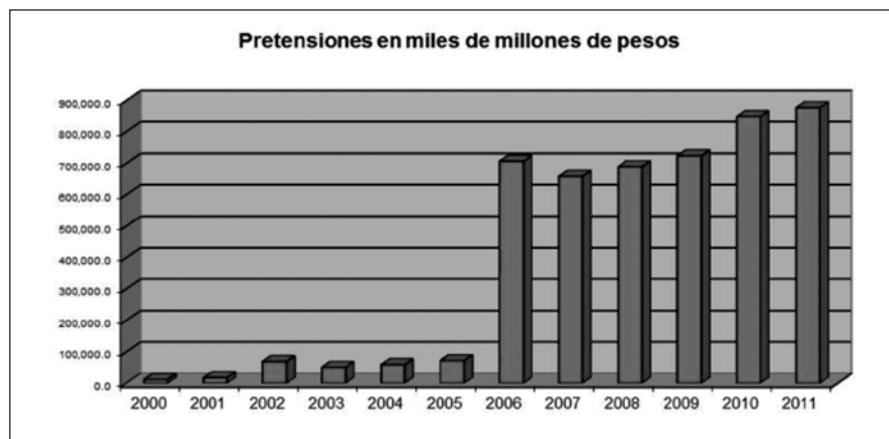
Atualmente, o país está passando por um novo processo de paz, entre o governo do presidente Juan Manuel Santos e o principal grupo guerrilheiro, as FARC. A percepção geral sobre o processo é de uma expectativa céptica. A sociedade colombiana, sobrecarregados com tantas décadas de violência endêmica, espera dos membros da mesa de negociação pressupostos mínimos dentro do processo, tais como a justiça, a verdade, a reconciliação, a reparação, o pleno respeito aos direitos humanos, entre muitos outros. Portanto, num cenário pós-conflito, o direito não pode fugir da realidade, já que geraria abismos intransponíveis entre a regulamentação dos acordos alcançados e a sua eficácia prática.

Neste sentido, é preocupante a crescente número de ações judiciais e sentenças proferidas contra a Colômbia pela responsabilidade contenciosa administrativa. Devemos chamar para uma reflexão profunda das ações contra o Estado, nas projeções do Orçamento do Estado feito pelo governo na última década e no grau de atraso no pagamento das sentenças proferidas.

Tomando como referência os balanços apresentados anualmente ao Congresso pela Contadoria Geral da Nação (Entidade das contas nacionais na Colômbia), e as informações consolidadas pela Agência de Defesa Jurídica Estadual, há quatro critérios relevantes para este tema: as pretensões das ações contra o Estado, as provisões nos orçamentos, as decisões nos pagamentos das sentenças e as já pagadas.

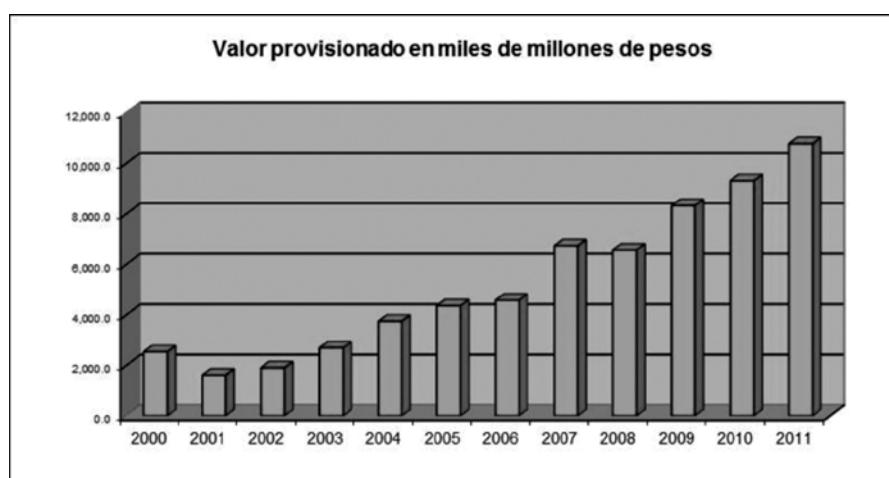
As pretensões nas ações judiciais apresentadas contra o Estado (Gráfico num. 1) tiveram um comportamento de crescimento durante o período de 2000 a 2005, variando entre \$12 e 72 bilhões de pesos. Esta tendência de crescimento continuou durante o período entre 2006 e 2011 por consequência de uma ação judicial contra o chamado Incora (hoje Incoder) por valor de \$523 bilhões de pesos. Felizmente para o país, o estado foi absolvido pelo Conselho de Estado, esse foi considerado o processo administrativo mais caro da história do país¹. Excluindo o processo Incora, o montante das pretensões alcançaria 354 bilhões de pesos, equivalente a um aumento de 29 vezes o seu valor ao longo de uma década.

¹ A ação foi apresentada pelos herdeiros de Mirócletes Durango Ruiz, advogado do Sopetran (Norte da Antioquia, região da Colômbia) na década de 1920 entesou vários títulos rurais de leste da Antioquia. O território em disputa era a terra chamada "Tierras del Oriente Antioqueño", com uma área de 1.926 quilômetros quadrados (pouco maior do que o departamento de Quindío), pertencentes a 11 municípios. A decisão proferida pelo Conselho de Estado o 7 de novembro de 2012 manteve a decisão *ad quo* de negar as alegações dos reclamantes que "perderam a posse sobre a terra antes de ter começado o processo de extinção de domínio. Mal faria esta organização em ordenar que o Estado faça a reparação devido a circunstâncias além dos procedimentos da Incora "(Conselho de Estado, 14 de novembro de 2012).

Gráfico 1. Pretensões (milhares de milhões de pesos)

Fonte: Contadoria Geral da Nação (2013)

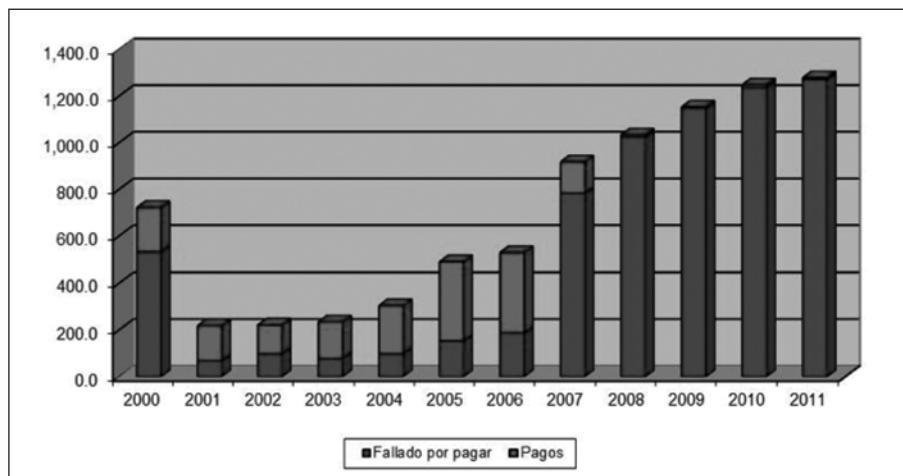
A conta orçamental do valor provisionado (Gráfico 2) durante o período de 2000 a 2011 aumentou quatro vezes, passando de \$2.5 bilhões a \$10.7 bilhões, o equivalente a 3.2% do PIB para esse ano.

Gráfico 2. Valor Provisionado (milhares de milhões de pesos)

Fonte: Contadoria Geral da Nação (2013)

O gráfico três faz uma comparação entre as sentenças a pagar e os pagamentos. Em comparação com a primeira categoria, há dois períodos distintos: o primeiro vai do ano 2000 (\$533.9 mil milhões de pesos) e até o ano 2006 (\$187.3 mil milhões), com uma redução de 65% na quantidade de condenações para o Estado; a segunda fase vai do ano 2007

(\$783.4 mil milhões de pesos, ou seja, mais de três vezes o montante do ano anterior) até o ano 2011 (1.271 bilhões de pesos). Assim, no período de 12 anos as falhas a pagar dobraram, com um aumento constante nos últimos cinco anos. Esta tendência coincide com o gráfico anterior, onde o valor provisionado aumentou 135% ao longo dos últimos cinco anos.

Gráfico 3. Sentenças por pagar vs. Pagamentos (Milhares de milhões de pesos)

Fonte: Contadoria Geral da Nação (2013)

Em relação à categoria de pagamentos, é evidência de uma tendência que tem feito carreira nas demandas contenciosas administrativas de condenação: que o Estado dilata pagamentos injustificadamente. Novamente os dois períodos acima são identificados: o primeiro é 2000-2006, onde a área de pagamentos passou o valor das sentenças a pagar. A relação se inverte drasticamente nos anos 2007-2011. Para este ano, o Estado só paga \$7.8 mil milhões dos \$1.271 bilhões que corresponde às sentenças por pagar. Isso equivale a um atraso no pagamento do 99.4%.

Este dígito é simplesmente escandaloso. Nos tribunais uma passagem é muito famosa “respeitar, mas não partilhar” uma sentença quando ela é condenatória, mais no caso do Estado parece significar “respeito, mas não pago” a sentença condenatória. É lamentável a gestão do Estado através de suas agências, como a Agência Nacional para a Defesa Jurídica do Estado, o Ministério das Finanças e da Fiduprevisora, ao não ter uma gestão eficiente das suas obrigações legais para com seus próprios cidadãos.

Desta forma, como podem exigir que os cidadãos cumpram as suas obrigações legais, quando o próprio Estado é o primeiro que falha?

Sim, é verdade: são abstrações da realidade em tempos da mitologia jurídica.

REFERÊNCIAS

Agência Nacional para a Defesa Jurídica do Estado. (2013). *Comunicados de imprensa*. Extraído de http://www.defensajuridica.gov.co/portal_prensa.html em 22 de maio de 2013.

Conselho de Estado. (2012, 12 de novembro). *Enrique Durango Sanin e outros contra Incora (hoje Incoder)*. Número de Processo. 05001233100020030230801 (37046).

Contadoria Geral da Nação (2013). *Sistema CHIP*. Extraído de http://www.chip.gov.co/schip_rt/ em 24 de maio de 2013.

Grossi, P. (2003). *Mitologia Jurídica da modernidade*. Madrid: Editorial Trotta.

Nooteboom, C. (2010). *Nas montanhas da Holanda*. Barcelona: Random House Mondadori
Tilly, C. (2000). *As revoluções europeias, 1492-1992*. Madrid: Alianza.