



ISSN 0120-8578

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA

CENTRO DE INVESTIGACIONES

Temas Socio-jurídicos

Facultad de Derecho



CENTRO DE INV.
TEMAS SOC. JUR.
FAC. DE DERECHO

Bucaramanga
(Col)

Vol. 6

No. 18

p.p. 1-102

Enero 1988

ISSN 0120-8578



UNIVERSIDAD
AUTONOMA DE
BUCARAMANGA



UNAB

CENTRO DE INVESTIGACIONES TEMAS SOCIO-JURIDICOS FACULTAD DE DERECHO

ISSN 0120 — 8578

Vol. 6 N°. 18 1988

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACION	5
DISCURSO PRONUNCIADO EN LA INSTALACION DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE EL DIA 17 DE SEPTIEMBRE DE 1.843 Andrés Bello	7
LA INTIMIDAD EN EL DERECHO COLOMBIANO Ciro Angarita Barón	18
LA AFORTUNADA PERDURACION DE ESTATUTOS FUNDAMENTALES José J. Amaya M.	31
EL NUEVO PROYECTO DEL CODIGO DE DERECHO CI- VIL Luis Alberto Ariza Martínez	37
LA CENTENARIA LEY 153 DE 1887 Bernardo Uribe Prada	41
LA CONCEPCION DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN LA UNAB Gabriel Burgos Mantilla	44
DISERTACION Roberto Serpa Flórez	46

CENTRO DE INV. TEMAS SOC. JUR. FAC. DE DERECHO	Bucaramanga (Col.)	Vol. 6	No. 18	p.p. 1-102	Enero 1988	ISSN 0120 — 8578
--	-----------------------	--------	--------	------------	------------	------------------

CONSIDERACIONES SOBRE EL TRASPLANTE Carlos Cortés Caballero	50
LA TRADICION EN LOS VEHICULOS Y LAS MEDIDAS CAUTELARES Marianell González Castillo	53
LA SOCIEDAD COMERCIAL Y SU PRUEBA Eduardo Muñoz Serpa	61
LEGITIMACION EXTRAORDINARIA DE LOS ACREE- DORES PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION DE SIMU- LACION Jorge Enrique Pradilla Ardila	67
INDEXACION DE LA CUANTIA DE LAS DONACIONES Jorge A. Castillo Rugeles	72
CRITERIOS FILOSOFICOS PARA UNA AUTENTICA PRAXIS DE LA INFORMATICA JURIDICA Evaristo Rodríguez Gómez	89
EVOLUCION Y SENTIDO DE LAS REFORMAS CONSTI- TUCIONALES Laureano Gómez Serrano	93

ALBERTO MONTOYA PUYANA
Rector

HERNAN PRADA NIÑO
Secretario

CENTRO DE INVESTIGACIONES

LAUREANO GOMEZ SERRANO
Director

FACULTAD DE DERECHO

GABRIEL BURGOS MANTILLA
Decano

MARGARITA ROSA BARRERA GARCIA
Secretaria

DIRECTORES DE DEPARTAMENTO

ALBERTO SUAREZ SANCHEZ
Derecho Penal

JORGE CASTILLO RUGELES
Derecho Privado

JORGE PRADILLA ARDILA
Derecho Público

SISTEMA DE BIBLIOTECAS UNAB

 unab **HEMEROTECA**

Comité de Redacción

LAUREANO GOMEZ SERRANO
RODOLFO MANTILLA JACOME
JORGE CASTILLO RUGELES
JORGE PRADILLA ARDILA
ALBERTO SUAREZ SANCHEZ

Editada por:
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO—JURIDICAS

Portada: Detalle de retrato de Bello. Oleo sobre tela. Anónimo Chileno.

Periodicidad: Irregular

Formato: 16 X 21.5

PUBLICACIONES UNAB

Calle 48 No. 39-234 — Conmutador 75111—75161.
Apartado Aéreo 1642 — Bucaramanga — Colombia S.A.

LAS OPINIONES CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS DE ESTA REVISTA, NO VINCULAN A LA INSTITUCION, SINO QUE SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES, DENTRO DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRATICOS DE LA CATEDRA LIBRE Y LA LIBERTAD DE EXPRESION CONSIGNADOS EN EL ARTICULO 3º DEL ESTATUTO GENERAL DE LA CORPORACION UNIVERSITARIA AUTONOMA DE BUCARAMANGA — UNAB.

El material de esta publicación, puede ser reproducido sin autorización, siempre que se mencione su procedencia y el Centro de Investigaciones Socio—Jurídicas de la UNAB, reciba un ejemplar de la publicación.

PRESENTACION

La edición de la Revista Temas Socio-Jurídicos, número 18 de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, rinde un homenaje a la obra de don ANDRES BELLO, en especial al Código Civil, al cumplirse el primer centenario de su adopción por la República unitaria, verificada por la Ley 57 del 15 de abril de 1887.

Durante el año, también se cumplieron cien años de vigencia de la Ley 153 del 15 de agosto de 1887, que vino a demarcar los parámetros de la actividad hermenéutica para nuestras codificaciones.

Contribuyen los trabajos de los profesores de la facultad, que presentamos, con el análisis de las instituciones que el ilustre jurista legó a los pueblos de Latinoamérica, a través de su célebre codificación inicialmente elaborada para la República de Chile, pero que logró extenderse a la mayoría de las naciones del hemisferio.

Bucaramanga, diciembre de 1987.

LAUREANO GOMEZ SERRANO
Director

SISTEMA DE BIBLIOTECAS UNAB



HEMEROTECA

DISCURSO PRONUNCIADO EN LA INSTALACION
DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE EL DIA
17 DE SEPTIEMBRE DE 1843*

ANDRES BELLO

Excmo. Sr. Patrono de la Universidad:

Señores:

El consejo de la universidad me ha encargado expresar a nombre del cuerpo nuestro profundo reconocimiento, por las distinciones y la confianza con que el supremo gobierno se ha dignado honrarnos. Debo también hacerme intérprete del reconocimiento de la universidad por la expresión de benevolencia en que el señor ministro de instrucción pública se ha servido aludir a sus miembros.

En cuanto a mí, sé demasiado que esas distinciones y esa confianza las debo mucho menos a mis aptitudes y fuerzas, que a mi antiguo celo (ésta es la sola cualidad que puedo atribuirme sin presunción), a mi antiguo celo por la difusión de las luces y de los sanos principios, y a la dedicación laboriosa con que he seguido algunos ramos de estudio, no interrumpidos en ninguna época de mi vida, no dejados de la mano en medio de graves tareas. Siento el peso de esta confianza; conozco la extensión de las obligaciones que impone; comprendo la magnitud de los esfuerzos que exige. Responsabilidad es ésta, que abrumaría, si recayese sobre un solo individuo, una inteligencia de otro orden, y mucho mejor preparada que ha podido estarlo la mía. Pero me alienta la cooperación de mis distinguidos colegas en el consejo y el cuerpo todo de la universidad.

La ley (afortunadamente para mí) ha querido que la dirección de los estudios fuese la obra común del cuerpo. Con la asistencia del consejo, con la actividad ilustrada y patriótica de las diferentes facultades; bajo los auspicios del gobierno, bajo la influencia de la libertad, espíritu vital de las instituciones chilenas, me es lícito esperar que el caudal precioso de ciencia y talento, de que ya está en posesión la universidad, se aumentará, se difundirá velozmente, en beneficio de la religión, de la moral, de la libertad misma, y de los intereses materiales.

La universidad, señores, no sería digna de ocupar un lugar en nuestras instituciones sociales, si (como murmuran algunos ecos oscuros de declamaciones antiguas) el cultivo de las ciencias y de las letras pudiese mirarse como peligroso bajo un punto de vista moral, o bajo un punto de vista político. La moral (que yo no separo de la religión) es la vida misma de la so-

(*) Publicado en folleto en Santiago, Impr. del Estado, 1843, 38 pp.; en los Anales de la Universidad de Chile, 1843, t. I, pp. 139-152; también publicado en la edición chilena de sus Obras t. VIII, pp. 303-318.

ciudad; la libertad es el estímulo que da un vigor sano y una actividad fecunda a las instituciones sociales. Lo que enturbie la pureza de la moral, lo que trabe el arreglado, pero libre desarrollo de las facultades individuales y colectivas de la humanidad —y digo más— lo que las ejercite infructuosamente, no debe un gobierno sabio incorporarlo en la organización del estado. Pero en este siglo, en Chile, en esta reunión, que yo miro como un homenaje solemne a la importancia de la cultura intelectual; en esta reunión, que, por una coincidencia significativa, es la primera de las pompas que saludan al día glorioso de la patria, al aniversario de la libertad chilena, yo no me creo llamado a defender las ciencias y las letras contra los paralogismos del elocuente filósofo de Ginebra, ni contra los recelos de espíritus asustadizos, que con los ojos fijos en los escollos que han hecho zozobrar al navegante presuntuoso, no querrían que la razón desplegara jamás las velas, y de buena gana la condenarían a una inercia eterna, más pernicioso que el abuso de las luces a las causas mismas porque abogan. No para refutar lo que ha sido mil veces refutado, sino para manifestar la correspondencia que existe en los sentimientos que acaba de expresar el señor ministro de instrucción, pública y los que animan a la universidad, se me permitirá que añada a las de su señoría algunas ideas generales sobre la influencia moral y política de las ciencias y de las letras, sobre el ministerio de los cuerpos literarios, y sobre los trabajos especiales a que me parecen destinadas nuestras facultades universitarias en el estado presente de la nación chilena.

Lo sabéis señores, todas las verdades se tocan, desde las que formulan el rumbo de los mundos en el piélago del espacio; desde las que determinan las agencias maravillosas de que dependen el movimiento y la vida en el universo de la materia desde las que resumen la estructura del animal, de la planta, de la masa inorgánica que pisamos; desde las que revelan los fenómenos íntimos del alma en el teatro misterioso de la conciencia, hasta las que expresan las acciones y reacciones de las fuerzas políticas; hasta las que sientan las bases inmovibles de la moral; hasta las que determinan las condiciones precisas para el desenvolvimiento de los gérmenes industriales; hasta las que dirigen y fecundan las artes. Los adelantamientos en todas líneas se llaman unos a otros, se eslabonan, se empujan. Y cuando digo "Los adelantamientos en todas líneas", comprendo sin duda los más importantes a la dicha del género humano, los adelantamientos en el orden moral y político. ¿A qué se debe este progreso de civilización, esta ansia de mejoras sociales, esta sed de libertad? Si queremos saberlo, comparemos a la Europa y a nuestra afortunada América, con los sombríos imperios del Asia, en que el despotismo hace pesar su cetro de hierro sobre cuellos encorvados de antemano por la ignorancia, o con las hordas africanas, en que el hombre, apenas superior a los brutos, es, como ellos, un artículo de tráfico para sus propios hermanos. ¿Quién prendió en la Europa esclavizada las primeras centellas de libertad civil? ¿No fueron las letras? ¿No fue la herencia intelectual de Grecia y Roma, reclamada, después de una larga época de oscuridad, por el espíritu humano? Allí, allí tuvo principio este vasto movimiento político, que ha restituido sus títulos de ingenuidad a tantas razas esclavas; este movimiento, que se propaga en todos sentidos, acelerado continuamente por la prensa y por las letras, cuyas ondulaciones, aquí rápidas, allá lentas, en todas partes necesarias, fatales, allanarán por fin cuantas barreras se les opongan, y cubrirán la su-

perficie del globo. Todas las verdades se tocan, y yo extendiendo esta aseveración al dogma religioso, a la verdad teológica. Calumnian, no sé si diga a la religión o a las letras, los que imaginan que pueda haber una antipatía secreta entre aquella y éstas. Yo creo, por el contrario, que existe, que no puede menos de existir, una alianza estrecha, entre la revelación positiva y esa otra revelación universal que habla a todos los hombres en el libro de la naturaleza. Si entendimientos extraviados han abusado de sus conocimientos para impugnar el dogma, ¿qué prueba esto, sino la condición de las cosas humanas? Si la razón humana es débil, si tropieza y cae, tanto más necesario es suministrarle alimentos sustanciosos y apoyos sólidos. Porque extinguir esta curiosidad, esta noble osadía del entendimiento, que le hace arrostrar los arcanos de la naturaleza, los enigmas del porvenir, no es posible, sin hacerlo, al mismo tiempo, incapaz de todo lo grande, insensible a todo lo que es bello, generoso, sublime, santo; sin emponzoñar las fuentes de la moral; sin afeardar y envilecer la religión misma. He dicho que todas las verdades se tocan; y aún no creo haber dicho bastante. Todas las facultades humanas forman un sistema, en que no puede haber regularidad y armonía sin el concurso de cada una. No se puede paralizar una fibra (permítaseme decirlo así), una sola fibra del alma, sin que todas las otras enfermen.

Las ciencias y las letras, fuera de este valor social, fuera de barniz de amenidad y elegancia que dan a las sociedades humanas, y que debemos contar también entre sus beneficios, tienen un mérito suyo, intrínseco, en cuanto aumentan los placeres y goces del individuo que las cultiva y las ama; placeres exquisitos, a que no llega el delirio de los sentidos; goces puros, en que el alma no se dice a sí misma:

... Medio de fonte leporum
surgit amari aliquid, quod in ipsis floribus angit.

(LUCRECIO)

De en medio de la fuente del deleite
un no sé qué de amargo se levanta,
que entre el halago de las flores punza.

Las ciencias y la literatura llevan en sí la recompensa de los trabajos y vigilias que se les consagran. No hablo de la gloria que ilustra las grandes conquistas científicas, no hablo de la aureola de inmortalidad que corona las obras del genio. A pocos es permitido esperarlas. Hablo de los placeres más o menos elevados, más o menos intensos, que son comunes a todos los rangos en la república de las letras. Para el entendimiento, como para las otras facultades humanas, la actividad es en sí misma un placer: placer que, como dice un filósofo escocés,* sacude de nosotros aquella inercia a que de otro modo nos entregaríamos en daño nuestro y de la sociedad. Cada senda que abren las ciencias al entendimiento cultivado, le muestra perspectivas encantadas, cada nueva faz que se le descubre en el tipo ideal de la belleza, hace estremecer deliciosamente el corazón humano, criado para admirarla y sentirla. El entendimiento cultivado oye en el retiro de la meditación las mil voces del coro de la naturaleza: mil visiones peregrinas revelan en torno a la lámpara solitaria que alumbraba sus vigiliadas. Para él

(*) Tomás Brown. (Nota de Bello).

solo, se desenvuelve en una escala inmensa al orden de la naturaleza; para él solo, se afavía la creación de toda su magnificencia, de todas sus galas. Pero las letras y las ciencias, al mismo tiempo que dan un ejercicio delicioso al entendimiento y a la imaginación, elevan el carácter moral. Ellas debilitan el poderío de las seducciones sensuales; ellas desarmen de la mayor parte de sus terrores a las vicisitudes de la fortuna. Ellas son (después de la humilde y contenta resignación del alma religiosa) el mejor preparativo para la hora de la desgracia. Ellas llevan el consuelo al lecho del enfermo, al asilo del proscrito, al calabozo, al cadalso. Sócrates, en vísperas de beber la cicuta, ilumina su cárcel con las más sublimes especulaciones que nos ha dejado la antigüedad gentílica sobre el porvenir de los destinos humanos. Dante compone en el destierro su "Divina Comedia". Lavoisier pide a sus verdugos un plazo breve para terminar una investigación importante. Chénier, aguardando por instantes la muerte, escribe sus últimos versos, que deja incompletos para marchar al patíbulo:

Comme un dernier rayon, comme un dernier zephyre
anime la fin d'un beau jour,
au pied de l'échafaud jessaie ancor ma lyre.

Cual rayo postrero,
cual aura que anima
el último instante
de un hermoso día,
al pie del cadalso
ensayo mi lira.

Tales son las recompensas de las letras, tales son sus consuelos. Yo mismo, aún siguiendo de tan lejos a sus favorecidos adoradores, yo mismo he podido participar de sus beneficios, y saborearme con sus goces. Adornaron de celajes alegres la mañana de mi vida, y conservan todavía algunos matices al alma, como la flor que hermosea las ruinas. Ellas han hecho aún más por mí; me alimentaron en mi larga peregrinación, y encaminaron mis pasos a este suelo de libertad y de paz, a esta patria adoptiva, que me ha dispensado una hospitalidad tan benévola.

Hay otro punto de vista, en que tal vez lidiaremos con preocupaciones especiosas. Las universidades, las corporaciones literarias, ¿son un instrumento a propósito para la propagación de las luces? Más apenas concibo que pueda hacerse esa pregunta en una edad que es por excelencia la edad de la asociación y la representación; en una edad en que pululan por todas partes las sociedades de agricultura, de comercio, de industria, de beneficencia; en la edad de los gobiernos representativos. La Europa y los Estados Unidos de América, nuestro modelo bajo tantos respectos, responderán a ella.

Si la propagación del saber es una de sus condiciones más importantes, porque sin ella las letras no harían más que ofrecer unos pocos puntos luminosos en medio de densas tinieblas, las corporaciones a que se debe principalmente la rapidez de las comunicaciones literarias hacen beneficios esenciales a la ilustración y a la humanidad. No bien brota en el pensamiento de un individuo una verdad nueva, cuando se apodera de ella toda la república de las letras. Los sabios de la Alemania, de la Francia, de los

Estados Unidos, aprecian su valor, sus consecuencias, sus aplicaciones. En esta propagación del saber, las academias, las universidades, forman otros tantos depósitos, a donde tienden constantemente a acumularse todas las adquisiciones científicas; y de estos centros es de donde se derraman más fácilmente por las diferentes clases de la sociedad. La universidad de Chile ha sido establecida con este objeto especial. Ella, si corresponde a las miras de la ley que le ha dado su nueva forma, si corresponde a los deseos de nuestro gobierno, será un cuerpo eminentemente expansivo y propagador.

Otros pretenden que el fomento dado a la instrucción científica se debe de preferencia a la enseñanza primaria. Yo ciertamente soy de los que miran la instrucción general, la educación del pueblo, como uno de los objetos más importantes y privilegiados a que pueda dirigir su atención el gobierno; como una necesidad primera y urgente; como la base de todo sólido progreso; como el cimiento indispensable de las instituciones republicanas. Pero, por eso mismo, creo necesario y urgente el fomento de la enseñanza literaria y científica. En ninguna parte, ha podido generalizarse la instrucción elemental que reclaman las clases laboriosas, la gran mayoría del género humano, sino donde han florecido de antemano las ciencias y las letras. No digo yo que el cultivo de las letras y de las ciencias traiga en pos de sí, como una consecuencia precisa, la difusión de la enseñanza elemental; aunque es incontestable que las ciencias y las letras tienen una tendencia natural a difundirse, cuando causas artificiales no las contrarian. Lo que digo es que el primero es una condición indispensable de la segunda; que donde no exista aquél, es imposible que la otra, cualesquiera que sean los esfuerzos de la autoridad, se verifique bajo la forma conveniente. La difusión de los conocimientos supone uno o más hogares, de donde salga y se reparta la luz, que, extendiéndose progresivamente sobre los espacios intermedios, penetre al fin las capas extremas. La generalización de la enseñanza requiere gran número de maestros competentemente instruídos; y las aptitudes de éstos sus últimos distribuidores, son, ellas mismas, emanaciones más o menos distantes de los grandes depósitos científicos y literarios. Los buenos maestros, los buenos libros, los buenos métodos, la buena dirección de la enseñanza, son necesariamente la obra de una cultura intelectual muy adelantada. La instrucción literaria y científica es la fuente donde la instrucción elemental se nutre y se vivifica; a la manera que en una sociedad bien organizada la riqueza de la clase más favorecida de la fortuna es el manantial de donde se deriva la subsistencia de las clases trabajadoras, el bienestar del pueblo. Pero la ley, al plantear de nuevo la universidad, no ha querido fiarse solamente de esa tendencia natural de la ilustración a difundirse, ya que la imprenta da en nuestros días una fuerza y una movilidad no conocidas antes; ella ha unido íntimamente las dos especies de enseñanza; ella ha dado a una de las secciones del cuerpo universitario el encargo especial de velar sobre la instrucción primaria, de observar su marcha, de facilitar su propagación, de contribuir a sus progresos. El fomento, sobre todo, de la instrucción religiosa y moral del pueblo es un deber que cada miembro de la universidad se impone por el hecho de ser recibido en su seno.

La Ley que ha restablecido la antigua universidad sobre nuevas bases, acomodadas al estado presente de la civilización y a las necesidades de

Chile, apunta ya los grandes objetos a que debe dedicarse este cuerpo. El señor ministro vicepatrono ha manifestado también las miras que presidieron a la refundición de la universidad, los fines que en ella se propone el legislador, y las esperanzas que es llamada a llenar; y ha desenvuelto de tal modo estas ideas, que, siguiéndole en ellas, apenas me sería posible hacer otra cosa que un ocioso comentario a su discurso. Añadiré con todo algunas breves observaciones que me parecen tener su importancia.

El fomento de las ciencias eclesiásticas, destinado a formar dignos ministros del culto, y en último resultado a proveer a los pueblos de la república de la competente educación religiosa y moral, es el primero de estos objetos y el de mayor trascendencia. Pero hay otro aspecto bajo el cual debemos mirar la consagración de la universidad a la causa de la moral y de la religión. Si importa el cultivo de las ciencias eclesiásticas para el desempeño del ministerio sacerdotal, también importa generalizar entre la juventud estudiosa, entre toda la juventud que participa de la educación literaria y científica, conocimientos adecuados del dogma y de los anales de la fe cristiana. No creo necesario probar que ésta debiera ser una parte integrante de la educación general, indispensable para toda profesión, y aún para todo hombre que quiera ocupar en la sociedad un lugar superior al infimo.

A la facultad de leyes y ciencias políticas se abre un campo el más vasto, el más susceptible de aplicaciones útiles. Lo habéis oído: La utilidad práctica, los resultados positivos, las mejoras sociales, es lo que principalmente espera a la universidad el gobierno; es lo que principalmente debe recomendar sus trabajos a la patria. Herederos de la legislación del pueblo rey, tenemos que purgarla de las manchas que contrajo bajo el influjo malféfico del despotismo; tenemos que despejar las incoherencias que deslustran una obra a que han contribuído tantos siglos, tantos intereses alternativamente dominantes, tantas inspiraciones contradictorias. Tenemos que acomodarla, que restituirla a las instituciones republicanas. ¿Y qué objeto más importante o más grandioso, que la formación, el perfeccionamiento de nuestras leyes orgánicas, la recta y pronta administración de justicia; la seguridad de nuestros derechos, la fe de las transacciones comerciales, la paz del hogar doméstico? La universidad, me atrevo a decirlo, no acogerá la preocupación que condena como inútil o pernicioso el estudio de las leyes romanas; creo, por el contrario, que le dará un nuevo estímulo y lo asentará sobre bases más amplias. La universidad verá probablemente en ese estudio el mejor aprendizaje de la lógica jurídica y forense. Oigamos sobre este punto el testimonio de un hombre a quien seguramente no se tachará de parcial a doctrinas antiguas; a un hombre que en el entusiasmo de la emancipación popular y de la nivelación democrática ha tocado fal vez al extremo. "La ciencia estampa en el derecho su sello; su lógica sienta los principios, formula los axiomas, deduce las consecuencias y saca de la idea de lo justo, reflejándola, inagotables desenvolvimientos. Bajo este punto de vista, el derecho romano no reconoce igual: se pueden disputar algunos de sus principios; pero su método, su lógica, su sistema científico, lo han hecho y lo mantienen superior a todas las otras legislaciones; sus textos son la obra maestra del estilo jurídico; su método es el de la geometría aplicado en todo su rigor al pensamiento moral". Así se explica L'Herminier, y ya antes Leibniz había

dicho: "In jurisprudentia regnat (romani). Dixi saepius post scripta geometrarum nihil extare quod vi ac subtilitate cum romanorum jurisconsultorum scriptis comparari possit: tantum nervi inest; tantum profunditatis".

La universidad estudiará también las especialidades de la sociedad chilena bajo el punto de vista económico, que no presenta problemas menos vastos, ni de menos arriesgada resolución. La universidad examinará los resultados de la estadística chilena, contribuirá a formarla y leerá en sus guarismos la expresión de nuestros intereses materiales. Porque en éste, como en los otros ramos, el programa de la universidad es enteramente chileno: si toma prestadas a la Europa las deducciones de la ciencia, es para aplicarlas a Chile. Todas las sendas en que se propone dirigir las investigaciones de sus miembros, el estudio de sus alumnos, convergen a un centro: la patria.

La medicina investigará, siguiendo el mismo plan, las modificaciones peculiares que dan al hombre chileno su clima, sus costumbres, sus alimentos, dictará las reglas de la higiene privada y pública; se desvelará por arrancar a las epidemias el secreto de su germinación y de su actividad devastadora; y hará, en cuanto es posible, que se difunda a los campos el conocimiento de los medios sencillos de conservar y reparar la salud. ¿Enumeraré ahora las utilidades positivas de las ciencias matemáticas y físicas, sus aplicaciones a una industria naciente, que apenas tiene en ejercicio unas pocas artes simples, groseras, sin procederles bien entendidos, sin máquinas, sin algunos aun de los más comunes utensilios; sus aplicaciones a una tierra cruzada en todos sentidos de veneros metálicos, a un suelo fértil de riquezas vegetales, de sustancias alimenticias; a un suelo, sobre el que la ciencia ha echado apenas una ojeada rápida?

Pero, fomentando las aplicaciones prácticas, estoy muy distante de creer que la universidad adopte por su divisa el mezquino "cui bono"? Y que no aprecie en su justo valor el conocimiento de la naturaleza en todos sus variados departamentos. Lo primero, porque, para guiar acertadamente la práctica, es necesario que el entendimiento se eleve a los puntos culminantes de la ciencia, a la apreciación de sus fórmulas generales. La universidad no confundirá, sin duda, las aplicaciones prácticas con las manipulaciones de un empirismo ciego. Y lo segundo, porque, como dije antes, el cultivo de la inteligencia contemplativa que descubre el velo a los arcanos del universo físico y moral, es en sí mismo un resultado positivo y de la mayor importancia. En este punto, para no repetirme, copiaré las palabras de un sabio inglés, que me ha honrado con su amistad. "Ha sido, dice el doctor Nicolás Arnott, ha sido una preocupación el creer que las personas instruídas así en las leyes generales tengan su atención dividida, y apenas les quede tiempo para aprender alguna cosa perfectamente. Lo contrario, sin embargo, es lo cierto; porque los conocimientos generales hacen más claros y precisos los conocimientos particulares. Los teoremas de la filosofía son otras tantas llaves que nos dan entrada a los más deliciosos jardines que la imaginación puede figurarse; son una vara mágica que nos descubre la faz del universo y nos revela infinitos objetos que la ignorancia no ve. El hombre instruído en las leyes naturales está, por decirlo así, rodeado de seres conocidos y amigos, mientras el hombre ignorante peregrina

por una tierra extraña y hostil. El que por medio de las leyes generales puede leer en el libro de la naturaleza, encuentra en el universo una historia sublime que le habla de Dios y ocupa dignamente su pensamiento hasta el fin de sus días''.

Paso, señores, a aquel departamento literario que posee de un modo peculiar y eminente la cualidad de pulir las costumbres; que afina el lenguaje, haciéndolo un vehículo fiel, hermoso, diáfano, de las ideas; que, por el estudio de otros idiomas vivos y muertos, nos pone en comunicación con la antigüedad y con las naciones más civilizadas, cultas, y libres de nuestros días; que nos hace oír, no por el imperfecto medio de las traducciones siempre y necesariamente infieles, sino vivos, sonoros, vibrantes, los acentos de la sabiduría y la elocuencia extranjera; que, por la contemplación de la belleza ideal y de sus reflejos en las obras del genio, purifica el gusto, y concilia con los raptos audaces de la fantasía los derechos imprescriptibles de la razón; que, iniciando al mismo tiempo el alma en estudios severos, auxiliares necesarios de la bella literatura, y preparativos indispensables para todas las ciencias, para todas las carreras de la vida, forma la primera disciplina del ser intelectual y moral, expone las leyes eternas de la inteligencia a fin de dirigir y afirmar sus pasos, y desenvuelve los pliegues profundos del corazón, para preservarlo de extravíos funestos, para establecer sobre sólidas bases los derechos y los deberes del hombre. Enumerar estos diferentes objetos es presentarlos, señores, según yo lo concibo, el programa de la universidad en la sección de filosofía y humanidades. Entre ellos, el estudio de nuestra lengua me parece de una alta importancia. Yo no abogaré jamás por el purismo exagerado que condena todo lo nuevo en materia de idioma; creo, por el contrario, que la multitud de ideas nuevas, que pasan diariamente del comercio literario a la circulación general, exige voces nuevas que las representen. ¿Hallaremos en el diccionario de Cervantes y de Fray Luis de Granada —no quiero ir tan lejos— hallaremos, en el diccionario de Iriarte y Moratín, medios adecuados, signos lúcidos para expresar las nociones comunes que flotan hoy día sobre las inteligencias medianamente cultivadas, para expresar el pensamiento social? ¡Nuevas instituciones, nuevas leyes, nuevas costumbres; variadas por todas partes a nuestros ojos la materia y las formas; y viejas voces, vieja fraseología! Sobre ser desacordada esa pretensión, porque pugnaría con el primero de los objetos de la lengua, la fácil y clara transmisión del pensamiento, sería del todo inasequible. Pero se puede ensanchar el lenguaje, se puede enriquecerlo, se puede acomodarlo a todas las exigencias de la sociedad y aún a las de la moda, que ejerce un imperio incontestable sobre la literatura, sin adulterarlo, sin viciar sus construcciones, sin hacer violencia a su genio. ¿Es acaso distinta de la de Pascal y Racine, la lengua de Chateaubriand y Villemain? Y no transparenta perfectamente la de estos dos escritores el pensamiento social de la Francia de nuestros días, tan diferente de la Francia de Luis XIV? Hay más: demos anchas a esta especie de culteranismo; demos carta de nacionalidad a todos los caprichos de un extravagante neologismo; y nuestra América reproducirá dentro de poco la confusión de idiomas, dialectos y jergonzas, el caos babilónico de la edad media; y diez pueblos perderán uno de sus más preciosos instrumentos de correspondencia y comercio.

La universidad fomentará, no solo el estudio de las lenguas, sino de las

literaturas extranjeras. Pero no sé si me engaño. La opinión de aquellos que creen que debemos recibir los resultados sintéticos de la ilustración europea, dispensándonos del examen de sus títulos, dispensándonos del proceder analítico, único medio de adquirir verdaderos conocimientos, no encontrará muchos sufragios en la universidad. Respetando, como respeto las opiniones ajenas, y reservándome solo el derecho de discutir las, confieso que tan poco propio me parecería para alimentar el entendimiento, para educarle y acostumbrarle a pensar por sí, el atenernos a las conclusiones morales y políticas de Herder, por ejemplo, sin el estudio de la historia antigua y moderna, como el adoptar los teoremas de Euclides sin el previo trabajo intelectual de la demostración. Yo miro, señores, a Herder como uno de los escritores que han servido más útilmente a la humanidad: él ha dado toda su dignidad a la historia, desarrollando en ella los designios de la Providencia y los destinos a que es llamada la especie humana sobre la tierra. Pero el mismo Herder no se propuso suplantar el conocimiento de los hechos, sino ilustrarlos, explicarlos; ni se puede apreciar su doctrina, sino por medio de previos estudios históricos. Sustituir a ellos deducciones y fórmulas, sería presentar a la juventud un esqueleto en vez de un traslado vivo del hombre social; sería darle una colección de aforismos en vez de poner a su vista el panorama móvil, instructivo, pintoresco, de las instituciones, de las costumbres, de las revoluciones, de los grandes pueblos y de los grandes hombres; sería quitar al moralista y al político las convicciones profundas, que solo pueden nacer del conocimiento de los hechos; sería quitar a la experiencia del género humano el saludable poderío de sus avisos, en la edad, cabalmente, que es más susceptible de impresiones durables; sería quitar al poeta una inagotable mina de imágenes y de colores. Y lo que digo de la historia me parece que debemos aplicarlo a todos los otros ramos del saber. Se impone de este modo al entendimiento la necesidad de largos, es verdad, pero agradables estudios. Porque nada hace más desabrida la enseñanza que las abstracciones, y nada la hace fácil y amena, sino el proceder que, amoblando la memoria, ejercita al mismo tiempo el entendimiento y exalta la imaginación. El raciocinio debe engendrar al teorema; los ejemplos graban profundamente las lecciones.

¿Y pudiera yo, señores, dejar de aludir, aunque de paso en esta rápida reseña, a la más hechicera de las vocaciones literarias, al aroma de la literatura, al capitel corintio, por decirlo así, de la sociedad culta? ¿Pudiera, sobre todo, dejar de aludir a la excitación instantánea, que ha hecho aparecer sobre nuestro horizonte esa constelación de jóvenes ingenios que cultivan con tanto ardor la poesía? Lo diré con ingenuidad: hay incorrección en sus versos; hay cosas que una razón castigada y severa condena. Pero la corrección es la obra del estudio y de los años; ¿quién pudo esperarla de los que, en un momento de exaltación, poética y patriótica a un tiempo, se lanzaron a esa nueva arena, resueltos a probar que en las almas chilenas arde también aquel fuego divino, de que, por una preocupación injusta, se las había creído privadas? Muestras brillantes, y no limitadas al sexo que entre nosotros ha cultivado hasta ahora casi exclusivamente las letras, la habían refutado ya. Ellos la han desmentido de nuevo. Yo no sé si una predisposición parcial hacia los ensayos de la inteligencia juveniles, extravía mi juicio. Digo lo que siento: hallo en esas obras destellos incontestables del verdadero talento, y aún con relación a algunas de ellas, pudiera decir,

del verdadero genio poético. Hallo, en algunas de esas obras, una imaginación original y rica, expresiones felizmente atrevidas, y (lo que parece que solo pudo dar un largo ejercicio) una versificación armoniosa y fluída, que busca de propósito las dificultades para luchar con ellas y sale airosa de esta arriesgada prueba. La universidad, alentando a nuestros jóvenes poetas, les dirá tal vez: "Si queréis que vuestro nombre no quede encarcelado entre la Cordillera de los Andes y la mar del Sur, recinto demasiado estrecho para las aspiraciones generosas del talento; si queréis que os lea la posteridad, haced buenos estudios, principiando por el de la lengua nativa. Haced más: tratad asuntos dignos de vuestra patria y de la posteridad. Dejad los tonos muelles de la lira de Anacreonte y de Safo; la poesía del siglo XIX tiene una misión más alta. Que los grandes intereses de la humanidad os inspiren. Palpite en vuestras obras el sentimiento moral. Dígase cada uno de vosotros, al tomar la pluma: Sacerdote de las Musas, canto para las almas inocentes y puras:

...Musarum sacerdos,
virginibus puerisque canto.

(HORACIO)

¿Y cuántos temas grandiosos no os presenta ya vuestra joven república? Celebrad sus grandes días; tejed guirnaldas a sus héroes; consagra la mortaja de los mártires de la patria". La universidad recordará al mismo tiempo a la juventud aquel consejo de un gran maestro de nuestros días: "Es preciso, decía Goethe, que el arte sea la regla de la imaginación y la transforme en poesía".

¡El arte! Al oír esta palabra, aunque tomada de los labios mismos de Goethe, habrá algunos que me coloquen entre los partidarios de las reglas convencionales, que usurparon mucho tiempo ese nombre. Protesto solemnemente contra semejante aserción; y no creo que mis antecedentes la justifiquen. Yo no encuentro el arte en los preceptos estériles de la escuela, en las inexorables unidades, en la muralla de bronce entre los diferentes estilos y géneros, en las cadenas con que se ha querido aprisionar al poeta a nombre de Aristóteles y Horacio, y atribuyéndoles a veces lo que jamás pensaron. Pero creo que hay un arte fundado en las relaciones impalpables, etéreas, de la belleza ideal; relaciones delicadas, pero accesibles a la mirada de lince del genio competentemente preparado; creo que hay un arte que guía a la imaginación en sus más fogosos transportes; creo que sin ese arte la fantasía, en vez de encarnar en sus obras el tipo de lo bello, aborta esfinges, creaciones enigmáticas y monstruosas. Esta es mi fe literaria. Libertad en todo; pero yo no veo libertad, sino embriaguez licenciosa, en las orgías de la imaginación.

La libertad, como contrapuesta, por una parte, a la docilidad servil que lo recibe todo sin examen, y por otra a la desarreglada licencia que se rebela contra la autoridad de la razón y contra los más nobles y puros instintos del corazón humano, será sin duda el tema de la universidad en todas sus diferentes secciones.

Pero no debo abusar más tiempo de vuestra paciencia. El asunto es vasto; recorrerlo a la ligera, es todo lo que me ha sido posible. Siento no haber

ocupado más dignamente la atención del respetable auditorio que me rodea, y le doy las gracias por la indulgencia con que se ha servido escucharme.

LA INTIMIDAD EN EL DERECHO COLOMBIANO

Ciro Angarita Barón

El presente documento recoge y sintetiza aspectos relacionados con la protección de la intimidad en Colombia que han sido abordados, desde distintas perspectivas y en mayor detalle, por un equipo interdisciplinario de investigadores de la Universidad de los Andes con el objetivo concreto de diseñar instrumentos legales adecuados para proteger a nuestros compatriotas contra posibles excesos o errores en el almacenamiento y procesamiento de información por medios automatizados o manuales.

Como parte fundamental del proyecto de investigación, se realizaron foros y debates con distintos sectores de la opinión nacional en los cuales se puso de presente la necesidad de una regulación especial para proteger la intimidad de nuestros ciudadanos frente a los bancos de datos.

Como es apenas natural en actividades de este género, fue preciso elaborar un marco conceptual destinado a definir la forma como el manejo de datos afecta la intimidad y proceder luego a considerar sectores específicos de la realidad colombiana donde se configuran claramente controles de la conducta humana, a partir de los datos, que afectan o amenazan la intimidad.

Con la publicación de este documento se pretende no solo divulgar en sectores de la opinión pública un aspecto significativo del proyecto de investigación sino, lo que es más importante, estimular un amplio debate nacional acerca de la necesidad de garantizar un espacio propio a la intimidad compatible con el desarrollo y uso de las nuevas tecnologías informáticas.

Para una mejor comprensión del problema de la intimidad en el derecho colombiano, se abordará primero su protección general en el ordenamiento vigente (1), lo cual conduce a una evaluación crítica (2) y a la formulación de un proyecto de ley que consagre instrumentos especiales de protección (3). Por último, se hará una sucinta explicación del contenido de tal proyecto (4).

I. LA INTIMIDAD EN EL DERECHO COLOMBIANO

En esta parte consideramos la protección general que el ordenamiento vigente depara la intimidad, en orden a determinar si ella resulta adecuada también frente a los bancos de datos personales.

Con tal fin, nos ocuparemos someramente de la legislación, jurisprudencia y doctrina para luego proceder a su evaluación, tomando en cuenta tanto las características de la realidad nacional (identificadas en los foros que en desarrollo del proyecto de investigación se realizaron en el mes de

diciembre de 1985) como la posición crítica de los doctrinantes que se han ocupado del tema en nuestro medio. Por último haremos algunas reflexiones.

1.1 El Ordenamiento Vigente

1.1.1 Panorama Legislativo

Como ya se ha visto en debido detalle en el informe preliminar 1, al cual nos remitimos, el ordenamiento nacional vigente protege la intimidad a través de normas de distinta estirpe (constitucional, legal, reglamentaria), de muy diverso contenido y alcance (constitucional, civil, penal, administrativo, laboral).

En consecuencia, es posible identificar manifestaciones claras de tal protección en áreas tales como:

- Intimidad (1).
- Imagen (2).
- Domicilio (3).
- Correspondencia (4).
- Comunicaciones (5).
- Interceptación telefónica (6).
- Secreto Profesional (7).
- Salud (8).
- Reserva documental (9).
- Reserva Tributaria.
- Reserva Bancaria (10).
- Reserva sumarial (11).
- Reserva en ejercicio de funciones públicas (12).
- Reserva comercial (13).
- Secreto industrial (14).
- Seguridad del Estado (15).
- Reserva de la información estadística (16).

1.1.2 Jurisprudencia

La Corte Suprema ha considerado que el derecho a la intimidad es distinto del que se tiene a los secretos en sus diversas formas y a la reputación y que la modalidad interventora de la libertad de comunicación telefónica consagrada en el artículo 376 del Código de Procedimiento Penal no elimina ni amenaza el derecho a la intimidad (17).

En la mencionada sentencia la intimidad es concebida como "un aspecto de la personalidad que corresponde, según el autor, a la aspiración del individuo de conservar la tranquilidad de su espíritu, aquella paz interior (la vida debe estar amurallada) que la publicidad o la intromisión ajena vendría a perturbar" (18). Pero, desde luego, en el entendido de que esos bienes no sean utilizados para perturbar el orden social.

Por ello el derecho se compone de dos elementos: el que se tiene al secreto, o, mejor, al respeto a la vida privada y que consiste en impedir

que la actividad de terceros se enderece a conocer o descubrir las particularidades de la vida íntima de otro, esto es, la facultad de impedir que intrusos se entrometan en la vida particular de una persona y el derecho a la reserva que es la facultad de defenderse de la divulgación de las noticias o hechos privados que se hayan conocido con o sin derecho, y que tiene una social y excepcional limitación: la de la seguridad social.

Sobre el campo de aplicación de la intimidad el Consejo de Estado ha dicho que este derecho "tiene un carácter general y se extiende a todas las personas sin excepción; nadie está excluido: ni el nacional, ni el extranjero, ni el ciudadano común, ni el funcionario público, todos pueden invocar en su favor y a todos se les debe preservar y proteger" (19).

La misma entidad ha considerado que la vida privada supone una esfera de intimidad inviolable (20).

Refiriéndose al contenido concreto del derecho a la intimidad, ha dicho también el Consejo que está conformado por las garantías de la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia (21).

1.1.3 Doctrina

Hay quien (22) considera el derecho a la intimidad como uno de los aspectos del derecho a la seguridad personal o política. Para su protección se han establecido específicamente las garantías de inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados. A nivel internacional, su fuente más clara son los artículos 12, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normas estas que son de un mismo tenor.

Esta relación entre derecho a la intimidad e inviolabilidad de la correspondencia parece ser compartida por otro autor (23) para quien la inviolabilidad es una garantía derivada de la libertad personal o la extensión de aquella a un sector concreto de la actividad personal.

La consagración del derecho a la intimidad en el título tercero de la constitución es rica en consecuencias, particularmente, de carácter ideológico. En efecto, este título "Contiene la enunciación de aquellos valores y fines que pretende asegurar y obtener el estatuto fundamental. Es la declaración de los postulados dogmáticos y de los mitos políticos que crean la unidad y solidaridad de los asociados. Son estos valores los que justifican el sistema de contención que establece la Constitución y determina los objetivos de la vida en común. Esta declaración, en esencia, es la misma solemne Declaración de los Deberes del Hombre y del Ciudadano, de la cual se recibió el pensamiento político de la Revolución Francesa de 1.789 en nuestras constituciones incorporadas después sucesivamente, con ligeras variables, como constante de la tradición democrática. En ella se plantean de modo agudo y patente la relación tensa entre Estado e individuo, gobierno y sociedad, autoridad y súbditos, determinando lo que es intransferible frente al Estado, señalando las creencias más caras y los bienes más estimados por la persona humana, se oponen barreras infranqueables

al poder público, frente a ciertos principios que se consideran patrimonio común, y cuyo desconocimiento alteraría toda la organización comunitaria, y se fija la dimensión social que tiene el ejercicio de esos derechos" (24).

Por último, en el texto del artículo 38 de la Constitución Nacional se ha querido ver también la explícita concepción de derecho a la intimidad documentaria, fundamento de la reserva bancaria (25).

2. EVALUACION CRITICA: INSUFICIENCIA DEL ORDENAMIENTO

2.1. Los Foros

Los participantes estuvieron acordes en señalar que la vida íntima como proyección de la libertad personal, es un valor digno de protección y respeto.

Expresaron su preocupación ante una amplia casuística de violaciones y una ausencia de órganos ante los cuales elevar las respectivas denuncias.

Las mayores intrusiones que ellos identificaron ocurren en la vida privada, en el campo económico, financiero, laboral, familiar, de salud, penal, político y filosófico.

Igualmente pusieron de presente la necesidad de una regulación especial en materia de intimidad.

Esa futura legislación debe tener un carácter fundamentalmente práctico, aterrizado, que la haga operable. Por tanto, no debe ser un simple instrumento de una cruzada de alcances éticos exclusivamente.

Debe, por el contrario consagrar prohibiciones absolutas tales como:

a. La recolección de datos y opiniones relacionadas con aspectos políticos, religiosos, culturales y en general, todos aquellos que puedan ser utilizados para discriminaciones.

b. La comunicación de todo aquello que una persona quiere mantener en reserva.

c. La circulación de información cuya revelación pueda ocasionar perjuicios.

Debe permitirse la libre circulación de los siguientes datos e informaciones:

a. Los datos relativos a la denominada esfera pública del individuo.

b. Las informaciones sobre aspectos tributarios de los funcionarios públicos.

c. Las actuaciones de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

d. La información sobre organizaciones que por su importancia económica, la política o social pueden comprometer la democracia (industriales, financieras, partidos, organizaciones y culturales).

e. Las actividades de personas jurídicas de derecho privado que de una u otra forma afecten el interés general.

Tuvo amplia acogida entre los participantes la idea de que el Estado debe ser la entidad encargada de definir en forma general lo relativo al manejo de la información y señalar también los procedimientos más adecuados para ello. No es conveniente que las entidades que actualmente poseen bancos de datos sean también las encargadas de definir las reglas para su gestión o manejo como quiera que ellas tendrían la tentación irresistible de preferir sus propios intereses a los de la comunidad general o el interés común.

Debe expedirse un código deontológico sobre manejo de información y evitar considerar como única y más eficaz remedio para violaciones y atentados la sanación penal.

Fueron también del parecer que en cualquier futura regulación es indispensable tener en cuenta el papel específico que tiene el derecho en nuestra sociedad.

Reconocieron, de otra parte, que en algunos estratos de nuestra población no parece existir conciencia de la necesidad de expedir una legislación especial para proteger la intimidad. Esto puede obedecer a factores propios de nuestra organización cultural y social.

Finalmente, prevaleció la idea de que una ley especial es una exigencia ineludible del actual grado de avance tecnológico de la sociedad colombiana. El Estado debe trazar parámetros generales que eviten el manejo arbitrario de la información, regulen el proceso de informatización del país e impidan que el criterio determinante pueda ser simplemente el ánimo de lucro, como parece ser hasta ahora.

2.2. La Doctrina

Ante la evidente posibilidad que ofrece la sociedad tecnológica actual de que tanto el Estado como cualquier empresa o persona privada puedan rastrear la intimidad más profunda de un individuo mediante la utilización de los bancos de datos, un serio estudioso del tema se pregunta con explícita inquietud: "¿Se tutela adecuadamente el bien jurídico del honor al que nos referimos, de los atentados que a diario vemos y registramos, derivados del uso y abuso de las informaciones almacenadas en dichos bancos, muchas de las cuales se venden como mercancía?" (26).

Su respuesta a tan fundamental interrogante es bien clara y pone de

presente la insuficiencia del ordenamiento nacional: "personalmente respondería que no existe la suficiente concientización. Somos indiferentes ante la suerte de quienes, pagadas sus deudas con el Estado y con la sociedad, buscan rehabilitarse mediante el trabajo honesto, que muchas veces les es negado ante el conocimiento de antecedentes judiciales, o de quienes han quebrado en sus negocios o se les ha cancelado una cuenta bancaria, por las más variadas circunstancias, ajenas, a fraude o dolo, que a la postre resultan afectadas en el acceso derecho al crédito, al buen nombre o prestigio profesionales en el campo específico de sus actividades. ¿Qué no decir de los deudores morosos sometidos a una especie de escarnio público mediante el cobro por conducto de agentes especialmente identificados por su traje como cobradores, etc.? Todo esto nos pone de presente, entonces, la urgencia que tiene el país de una reglamentación de las informaciones procesadas en computadores, a fin de evitar, no solo su empleo inadecuado, sino —y especialmente— su manipulación.

De otra parte cuando fuera de esperar, que el Código Penal en 1980 hubiera consagrado una protección moderna concreta y efectiva a la vida íntima de las personas, es lo cierto que, como lo observa agudamente otro autor (28), tan solo se limita a consagrar al igual que en legislaciones anteriores, tipos como la violación de habitación ajena (art. 284), la violación ilícita de comunicaciones (Art. 288), el constreñimiento ilegal (art. 276), la violación de los derechos de asociación y reunión (Art. 292 y ss.) y de la libertad de cultos (Art. 294 y siguiente) o los que protegen la autodeterminación sexual, protección que es parcial y tangencial y que en la práctica ha resultado manifiestamente incompleta y en discordancia con el espíritu y alcance de los principios tutelares sobre la materia consagrados en normas superiores tales como los artículos 23, 24, 25 y 38 de nuestra Constitución.

2.3. Conclusiones

i. En los diversos niveles del ordenamiento nacional en materia de intimidad (ley, jurisprudencia y doctrina) existen instrumentos jurídicos de protección general de dicha garantía los cuales, por su contenido y carácter histórico, no responden debidamente a las exigencias propias del actual desarrollo tecnológico.

ii. Algunas de tales normas han sido incorporadas en el título tercero de la Constitución como salvaguardia de un valor supremo y permanente: la dignidad humana.

iii. Con todo, la realidad nacional identificada a través de diálogos, encuestas y foros ha puesto de presente la insuficiencia de tales disposiciones frente a abiertas o sutiles embestidas de las modernas tecnologías que están deteriorando notoriamente el muro protector de la intimidad.

iv. Igualmente la doctrina destaca es insuficiencia, particularmente en el ordenamiento penal, puesto que las conductas antijurídicas tipificadas en el código vigente en buena medida no toman en consideración nuevas formas de intrusión en la vida íntima derivadas del desarrollo tecnológico.

v. Pero lo más sorprendente y preocupante, a la vez, es la existencia de

normas que desconocen por completo la intimidad y entran, por tanto en abierto conflicto con disposiciones del título tercero de nuestra Carta. Tal es el caso, por ejemplo, del Artículo 35 del Decreto 3398 de 1965.

vi. Cualquier marco conceptual que sirva de fundamento a una protección especial de la intimidad ha de construirse teniendo muy presente las características propias de ese poder de control que han engendrado las nuevas tecnologías de información.

vii. La libertad informática, aparece entonces como una exigencia clara de la libertad personal, en una dimensión específica. En efecto, ella no es otra cosa que la reacción abierta frente al control ilegítimo que sobre los sujetos de derecho puede ejercerse hoy en virtud de la manipulación de sus datos personales mediante técnicas cada vez más sofisticadas. O el rechazo abierto al control arbitrario que bien puede conducir una irreflexiva y desenfrenada informatización de nuestra sociedad.

viii. Así mismo, en cualquier futura regulación de la circulación y manejo de datos no puede perderse de vista tampoco su clara aplicación patrimonial. De lo contrario se corre, a sabiendas, el riesgo de no interpretar las características propias del modo de producción dentro del cual opera el ordenamiento.

ix. De otra parte, es claro también que cualquier protección especial de la intimidad no puede ignorar las exigencias jurídicas y políticas sobre las cuales se ha ido construyendo, paso a paso, la denominada libertad de información. En otras palabras, la defensa de la intimidad no puede significar en ningún caso el arrasamiento brutal de la libertad de información en aras de un hirsuto y nocivo individualismo, ajeno a los requerimientos de la convivencia social.

x. Todo lo anterior pone de presente que la protección especial de la intimidad debe enmarcarse tanto en las exigencias de la dignidad humana y de la libertad personal como en las del sistema económico y político, todas las cuales han elevado la libre circulación de datos a la categoría de valor fundamental permanente.

Para estimular un serio análisis de esta compleja tarea que pueda, eventualmente, conducir a una composición de intereses o, cuando menos, a una progresiva toma de conciencia, el grupo de investigación ha elaborado en la fase culminante del proyecto un esquema preliminar de regulación de los bancos de datos. Sus destinatarios naturales son los diversos sectores de la opinión nacional.

3. ANTEPROYECTO DE LEY NUMERO de 1986

Por la cual se regulan las actividades de los Bancos de Datos Personales se crea una Comisión Protectora y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA:

CAPITULO I

DEL OBJETO, PRINCIPIOS Y DEFINICIONES FUNDAMENTALES

Artículo. Objeto de la Ley: Esta

Ley tiene por objeto:

- a. Proteger los datos personales contra toda recolección, uso, acceso, difusión y transmisión en detrimento de la intimidad de sus titulares.
- b. Democratizar el poder informático.

Artículo. Principios.

1. La circulación de los datos es libre, a menos que restrinja por motivos expresamente fijados por la ley.

2. Los datos personales son bienes cuya circulación, uso y manejo depende exclusivamente de la voluntad de su titular, salvo disposición legal en contrario.

3. En la circulación, uso y manejo de los datos deberán respetarse la identidad, derechos y libertades de sus titulares.

Los anteriores principios servirán de guía para la interpretación y aplicación de la presente ley.

Artículo. Definiciones.

Para todos los efectos de la presente ley se considera:

a. Dato personal: todo aquel relativo a personas físicas, jurídicas o entes de hecho que de cualquier manera sea idóneo para permitir su identificación.

b. Titular del Dato Personal: persona física, jurídica o ente de hecho a quien concierne el dato personal.

c. Banco de datos personales: recolección y almacenamiento sistemático de datos personales mediante cualquier medio o tecnología.

d. Responsable del banco de datos: persona física que en el ámbito de la empresa asume de hecho o de derecho tal función. Su nombre deberá ser señalado en la notificación de que trata el artículo. A falta de designación se tiene como responsable quien firme dicha notificación.

CAPITULO II

DE LA COMISION PROTECTORA DE DATOS PERSONALES

Artículo. Creación

Para realizar los fines de esta ley, créase a partir de la Comisión Protectora de Datos Personales, organismo especial del orden nacional dotado de plena autonomía administrativa y financiera y adscrito a la Procuraduría General de la Nación.

Artículo. Composición

La Comisión Protectora de Datos Personales estará integrada por:

- a. El Ministro de Comunicaciones o el Viceministro;
- b. Un representante del Presidente de la República;
- c. Un Senador, elegido por la mesa directiva del Senado de la República;
- d. Un representante, elegido por la mesa directiva de la Cámara de Representantes;
- e. Un Magistrado de la Corte Suprema designado por dicha entidad;
- f. Un Consejero de Estado, designado por dicha entidad;
- g. El Procurador General de la Nación;
- h. El Contralor de la República;
- i. Un representante de las asociaciones sindicales;
- k. Un representante de los responsables de bancos de datos personales, designado por el Consejo Directivo de la Comisión.
- l. Un representante del Comité Permanente de Derechos Humanos; El Presidente de la Comisión Protectora de Datos Personales.

Parágrafo... El miembro que designe el Presidente de la República será persona de especial versación y experiencia en el área de información y tecnología.

Artículo. Funciones

Son funciones de la Comisión Protectora de Datos Personales:

- a. Proteger eficazmente los datos personales, mediante la expedición de normas, criterios técnicos, pautas o procedimientos adecuados para lograr los objetivos de la presente ley.
- b. Regular, inspeccionar y vigilar los Bancos de Datos Personales.
- c. Organizar y llevar el Registro Nacional Público de Bancos de Datos Personales.
- d. Establecer las normas que garanticen el respeto a la intimidad de los

ciudadanos en el flujo de datos transfronteras.

- e. Servir de órgano de consulta y asesoría del gobierno.
- f. Estimular estudios, investigaciones, actividades culturales y docentes enderezadas a crear en la comunidad clara conciencia del respeto y protección de la intimidad y los datos.
- g. Divulgar por todos los medios a su alcance el contenido, características e instrumentos de protección de la intimidad en el ordenamiento nacional.
- h. Conceptuar previamente sobre los proyectos de tratados, acuerdos, convenios o compromisos internacionales o intergubernamentales de cualquier naturaleza que de alguna forma tengan que ver o afecten la intimidad de los ciudadanos.
- i. Velar por el estricto cumplimiento de la presente ley.
- j. Elaborar y someter a consideración de la opinión pública un proyecto de Código Deonfológico para las entidades y personas que en forma directa o indirecta se ocupan de la recolección, manejo o circulación de datos personales.

Artículo. Facultades.

En cumplimiento de sus funciones la Comisión Protectora podrá:

- a. Inspeccionar los locales, archivos, documentos, máquinas, procesos, prácticas, bienes y actividades en general de los bancos de datos personales.
- b. Suspender o cancelar la inscripción de un banco de datos en el Registro Nacional Público cuando ocurran los hechos o circunstancias que se indican en los artículos del capítulo de la presente ley.
- c. Imponer multas sucesivas hasta de salarios mínimos, cada una, según la gravedad de la infracción, a quienes desobedezcan sus decisiones o violen las normas legales que regulen la materia.
- d. Practicar visitas, inspecciones e investigaciones.
- e. Recabar, cuando sea preciso, el auxilio de las autoridades de policía competente, las cuales quedan facultadas para dictar mandamiento escrito para el registro y allanamiento de inmuebles donde existan bancos de datos personales.

Artículo. Organos

Son órganos de la Comisión Protectora el Consejo Directivo, la Presidencia y el Comité Consultivo.

Artículo. Consejo Directivo

El Consejo Directivo es el órgano encargado de formular la política general de la entidad de control y adoptar las medidas y normas para el cabal cumplimiento de las finalidades de la presente ley. Estará integrado en la forma señalada en el artículo.

Artículo. Presidencia

El Presidente es el representante de la Comisión, ejecutor de sus providencias y ordenador de gastos. Será elegido por el Consejo Directivo para un período de 6 años. Podrá ser reelegido por una vez.

Para ser Presidente de la entidad se requiere ser ciudadano colombiano de nacimiento; poseer título profesional; una edad no menor de 30 años; experiencia y versación especiales en las áreas de ciencia, información, tecnológica, derecho o administración pública; haber sido Magistrado de la Corte o Consejero de Estado, o Procurador General de la Nación, o profesor universitario por más de 5 años.

Tendrá la misma remuneración, categoría y privilegios de un Consejero de Estado.

Artículo. Comité Consultivo

Estará integrado por:

- a. El Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Estadística.
- b. El Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones;
- c. El Director del Instituto de Seguros Sociales;
- d. El Registrador Nacional;
- e. El Director de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda;
- f. El Director del Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales Francisco José de Caldas (COLCIENCIAS);
- g. Un Representante de la Asociación Colombiana de Informática;
- h. Un Representante de los medios de comunicación, escogido por el Ministro del ramo de ternas presentadas por las asociaciones profesionales, legalmente reconocidas;
- i. Un representante de la Asociación Colombiana de Universidades;
- j. Un representante del Ministerio de Defensa;

Artículo. Procedimiento

Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, el ejercicio de las

funciones asignadas por la presente ley a la Comisión y demás órganos se sujetará a las normas generales que rigen el procedimiento administrativo.

Contra las providencias que en desarrollo de la presente ley dicte la Comisión Protectora, solamente procederán por vía gubernativa el recurso de reposición y las acciones contencio-administrativas pertinentes ante el Consejo de Estado, el cual decidirá en única instancia.

Artículo. Actuaciones

Las actuaciones de la entidad de control serán iniciadas e impulsadas de oficio, sin perjuicio de que los interesados insten el procedimiento.

Artículo. Fondos

Para sufragar sus gastos la Comisión dispondrá de los recursos del presupuesto nacional e ingresos propios, provenientes de los derechos de inscripción en el Registro Nacional Público de Bancos de Datos Personales cuya tarifa será establecida anualmente por el Consejo Directivo.

CAPITULO III

DEL REGISTRO NACIONAL PUBLICO DE BANCOS DE DATOS PERSONALES

Artículo. Organización

El Consejo Directivo establecerá las normas y pautas de organización y funcionamiento del Registro Nacional Público de Bancos de Datos Personales así como los requisitos, documentos y procedimientos necesarios para la inscripción a que se refiere el artículo... de la presente ley.

Artículo. Notificación

Toda persona natural, jurídica o ente de hecho que para cualquier fin forme, explote, administre o posea un banco de datos personales en el territorio de la República, deberá notificarlo e inscribirlo en la forma prevista en el siguiente artículo, a más tardar el de o en todo caso dentro de meses contados a partir de la creación del banco.

Parágrafo: Se exceptúan de la notificación e inscripción los bancos de datos relativos a asuntos domésticos o familiares organizados exclusivamente para uso personal.

Artículo. Inscripción

Para efectos de la inscripción en el Registro Nacional Público de Datos Personales, la notificación deberá contener:

- a. El nombre, la denominación o razón social, el domicilio, residencia

o sede del responsable de la notificación;

b. El lugar o lugares en donde se mantienen o administran los datos personales;

c. La naturaleza de los datos personales recopilados;

d. La finalidad de la recolección;

e. El ámbito de difusión de los datos personales recopilados;

LA AFORTUNADA PERDURACION DE ESTATUTOS FUNDAMENTALES

José J. Amaya M.

Dentro de la organización jurídica colombiana se destaca, con caracteres muy significativos, lo referente a las entidades de orden civil que, concretadas en los sabios y tradicionales preceptos del código respectivo, aparecen aliviadas por el mandato constitucional que ordena incorporar al caudal de sus preceptos las disposiciones integrantes del Título III de nuestra carta fundamental, relacionadas, según las palabras enunciativas de su contenido, con el régimen primordial de los Derechos civiles y garantías sociales. Se entiende a cabalidad que el cumplimiento de los sustantivos mandatos en el referido texto consagrados prevalece, de modo ineludible, respecto de cualquier norma o principio que tenga que ver con las sustantivas entidades de este modo destacadas en la totalización del régimen jurídico colombiano. Por lo mismo, fácil resulta advertir que el contenido del texto así incorporado al estatuto civil, en virtud del mandato expreso de la misma Constitución, ineludiblemente se mantiene como principio primordial básico, que, quedando de fácil e inmediata alusión y consulta, orienta a cabalidad sobre la exacta coordinación de las disposiciones legales.

Como bien se sabe, el referido título contempla las situaciones sustantivas relacionadas con el significado y ascendiente de la persona humana que, constituida en sujeto del derecho, merece la protección del Estado en su vida, honra y bienes, entidades expresamente mencionadas como base primordial del ejercicio de los poderes públicos y que, dentro de una exégesis elemental, se concierta a cabalidad con cuanto, por medio del estatuto civil, mantenido en el código de la materia, comparece como elementalmente exigible, a fin de que los coordinados regímenes relativos a las personas, los bienes, los derechos sucesorales, las obligaciones y los contratos, cuenten con un respaldo adecuado para el fiel cumplimiento de los objetivos con ellos perseguidos.

Tan significativa normación aparece racionalmente complementada con la Ley 153 de 1887, en la cual se pone de presente que el Título Constitucional detenidamente aludido "tiene también fuerza legal", advertencia que unifica el criterio interpretativo asignable al conjunto de las disposiciones así organizadas, dentro del designio de su invocación, sometido para el cumplimiento de la tarea hermenéutica siempre asumida, lo mismo por quien alude a sus alcances, en respaldo de sus alegaciones, que por quien le es dado traerla a juicio para el pronunciamiento de sus fallos.

Estas observaciones iniciales ponen de manifiesto la unidad de criterio predominante en los legisladores que, hace exactamente un siglo, ordenaron la verdad de sus altos propósitos, mediante normas sustantivas, per-

fectamente adecuadas a los requerimientos impuestos por una situación dentro de la cual se fueron transformando, sistemáticamente, los factores anárquicos impuestos por la diversidad conceptual con que se había legislado en los nueve Estados de la Unión, provistos de autonomía absoluta para la adopción de todos los códigos, dentro de sus limitados territorios.

El Código Civil, como bien lo sabemos, traducido del francés por Don Andrés Bello, recibió del mismo sabio lingüista y tratadista las modificaciones idiomáticas y preceptuales impuestas por la nueva índole republicana de los países a cuya vigencia quedaban sometidos, y con posterioridad a su adopción en el régimen colombiano, particularmente, luego del año 1886, cuando, conforme se ha anotado, quedó influido por nuestra Carta fundamental, entró a regir la también antes aludida Ley 153 de 1887, en la cual, dentro de la normación impuesta por los principios fundamentales contemplados en su texto, fueron legalizadas diferentes cuestiones de significación fundamental que, hallándose actualizadas en su régimen, además de destacarse por su propia entidad, revelan la unidad de criterio que, surgido de las normas constitucionales incorporadas a la Ley, se mantiene en su articulado, en lógica unidad conceptual con lo tratado e impuesto en los cuatro libros integrantes del fundamental estatuto.

Como bien se entiende, la Constitución Nacional, en su Título III, al señalar como función primordial de las autoridades de la república, la protección de todas las personas residentes en el territorio nacional, en su vida, honra y bienes, conjuga la alusión de su objetivo, realizable por los funcionarios del Estado, con la índole misma de los atributos tradicionalmente instaurados respecto del individuo de la especie humana, que tienen que ver con el aspecto civil y penal y que, en concordancia con la índole respectiva, suscitan la actuación de los funcionarios públicos para el otorgamiento de las garantías así consagradas.

Entonces, como es obvio, en el propósito inductor de estas referencias, se impone, de modo primordial, cuanto lleva a ubicar el raciocinio en las entidades de orden civil y que, aliviadas por el texto constitucional, comienzan por concretarse en los atributos del ser racional, ante todo para garantizar su perpetuación frente a cualquier ocurrencia que atente contra su continuidad vital; y en seguida, para consagrar como invulnerables los derechos que, habiendo sido "adquiridos con justo título" y "con arreglo a las leyes civiles", "no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores". Por lo mismo, en forma específica y en lógica concordancia con el trascendente principio así consagrado, se otorga una eficaz garantía a la propiedad privada, que instituida también como "una función social que implica obligaciones", se halla sometida a la incidencia de "la utilidad pública y el interés social", suficientes tales factores de juicio para conducir a su total extinción, ocurrencia ésta que, dentro del mismo proceso jurídico, implica para el Estado su facultad de promover la expropiación, solo realizable "mediante sentencia judicial" y con la contingencia protectora de una previa indemnización.

Todo esto se compagina con la realidad de los propósitos particulares, los cuales se hallan eficazmente garantizados por la denominada "libertad de empresa", al igual que por "la iniciativa privada", tan solo restringida

por los "límites del bien común" que, en orden a actualizar su eficiencia, colocan en manos del Estado "la dirección general de la economía", otorgándole también la facultad que, por mandato de la ley, le permite intervenir "en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral". Las normas así estatuidas se traen a cuento para señalar la armonía preceptual advertible entre los mandatos constitucionales y los que, mantenidos como fundamento de los principales objetivos del Código Civil, sostiene el significado preponderante de la persona humana como sujeto de derecho y al mismo tiempo garantiza la iniciativa privada para legalizar cuanto pueda llegar a derivarse, como consecuencia lógica, normal, de las iniciativas empresariales y contractuales previstas y reglamentadas en el régimen contenido en el Libro IV, relacionado con las obligaciones, los contratos y los resultados patrimoniales que de ellos puedan llegar a derivarse.

Las anteriores referencias, que conducen a advertir la coordinación de los varios aspectos derivados del espíritu predominante en las instituciones colombianas, cuentan con un eminente acervo de entidades que contempladas en la Ley 153 de 1887, tan asiduamente referida, imponen la trascendencia de sus objetivos cuya eventualidad se pondera a plenitud con la sola referencia a su exacto valor. Así se percibe desde sus iniciales disposiciones que, relacionadas con la preponderancia impuesta en favor de las varias normaciones legales, queda establecido a cabalidad el criterio que debe prevalecer para solucionar las ocasionales contingencias de tal evento derivadas. Esto se advierte con relación a la incongruencia de las leyes, producida a causa de los eventos provocados para resolverla, indicando entonces la prevalencia de las que, de acuerdo con el criterio predominante en su articulado, debe conducir a un decisivo pronunciamiento. Todo ello resulta armonizado con la apelación consagrada a "la equidad, la crítica y la hermenéutica", importantes factores de juicio que, dentro de un ejercicio consciente del oportuno raciocinio, se mantienen como base de las decisiones demandadas en una u otra controversia.

Resulta fácil indicar, junto con la consideración de los motivos de análisis que orientaron la expedición de este eminente estatuto, el ascendiente que el mismo concede a la capacidad reflexiva de quien le sea indispensable pronunciarse sobre el particular, anotando que "dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes".

Bien se puede observar que, en tan importante evento, se acude al poder de meditación, de raciocinio, de exégesis presumible en quien, consciente de su habilidad analítica y atendido a cuanto eficazmente concurre a orientarlo sobre cada entidad, le es dado llegar a conclusiones acordes con la clara razón y con un sentido de auténtica justicia.

Dentro de cuanto surge suscitado por los regímenes relacionados con la persona humana, adquiere singular alcance todo aquello que, derivado de su natural incidencia sobre el normal discurrir del individuo y de las instituciones que legalizan sus supervivencia, se mantiene como objeto de una

cuidadosa normación. Tal lo que tiene que ver, en primer término, con su estado civil que, una vez adquirido por cada cual en consonancia con "la ley vigente en la fecha de su constitución", se mantiene incólume, por tiempo indefinido, aun cuando los preceptos rectores de su reconocimiento lleguen a ser derogados. En segundo lugar, esta perduración preceptual no excluye el racional y lógico acomodamiento con la nuevas normas que, relacionadas con cuanto comprende, en toda época y en diversas situaciones, el objetivo de cada ejercicio jurídico, mantiene incólume el ascendiente humano y el reconocimiento de sus atributos subordinados a los nuevos sistemas que gobiernan y reglamentan su vigente ejercicio. Este el espíritu, el propósito que se advierte consagrado en el artículo 20 de la ley objeto de las presentes consideraciones, según el cual, tanto los atributos como los deberes del individuo, sin ser en absoluto desconocidos ni eliminados, deben acomodarse, respecto de su reconocimiento y su normal ejercicio, a las nuevas disposiciones que en el nuevo estatuto puedan llegar a imponerse. Es el caso de señalar, entre otras varias instituciones del centenario régimen así denotadas, cuantas tiene que ver con la relación legal entre el individuo y la autoridad estatal; con los sistemas rectores de todo lo que comparece y se mantiene como factor esencial, dentro de la integración y subsistencia de la familia; con la perduración de la propiedad sobre los bienes y la aptitud que de la misma se origina de ser sometidos a actos o contratos determinantes de su dominio y del destino que pueda llegar a asignárseles.

Entre ellos merecen destacarse los derivados del proceso sucesoral que con motivo de la muerte del causante, ocasionan el traslado de su patrimonio a quienes concurren a sucederlo en su dominio, gracias a las dos contingencias previstas y reglamentadas en el sistema correspondiente: la sucesión testamentaria y la intestada. Respecto de la primera, se determina lo ineludiblemente indispensable para que el propósito de quien otorga el acto correspondiente merezca ser tenido en cuenta para el cumplimiento de las asignaciones en él contenidas. Lo dispuesto sobre la materia se relaciona con los aspectos siempre influyentes en la decisión definitiva imponible en el proceso respectivo y que tiene que ver con la llamada parte externa, regida siempre "por la ley coetánea a su otorgamiento", lo cual quiere decir que lo entonces dispuesto se impone de una manera ineludible, para conceder o negar validez al instrumento o a la diligencia reveladora del querer así manifestado, precepto que obviamente se armoniza con la subsiguiente advertencia de que las disposiciones de que dan fe tales constancias se hallan "subordinadas a la ley vigente en la época en que fallezca el testador", precepto que aparece específicamente ratificado en lo concerniente a la situación jurídica de quienes les dado comparecer en reclamo de determinados derechos sucesorios y respecto de los cuales también se hacen irrevocables las disposiciones que al tiempo en que se produjo el deceso del causante "regulaban la incapacidad o indignidad de los herederos o asignatarios, las legítimas, mejoras, porción conyugal y desheredamiento". Ahora: respecto de la sucesión intestada, es de anotar que, orientada por el mismo criterio, concretamente aparece influida, en relación con su trámite, en lo que se relaciona con el modo indirecto de suceder, constituido por el derecho de representación, al establecer que los así llamados a la aludida contingencia se mantendrán sometidos a la ley bajo la cual se hubiere tramitado la sucesión correspondiente.

Bien puede advertirse, además, al repasar el texto de ley tan fundamental, que los aspectos más disímiles relacionados con el individuo y las instituciones que gobiernan su estabilidad, su desempeño y el ejercicio de sus básicas facultades jurídicas, se constituyeron en el objeto primordial y juicioso de los mandatos en su articulado incluidos y dentro de los cuales, además de los designables como claramente primordiales, hasta el presente expresamente aludidos, se ofrecen a la reflexión y al estudio otros varios que, sin poderse tildar como de menor entidad, contribuyen a revelar, a sustentar, a respaldar el nuevo parecer que, emanado de las contingencias entonces producidas, se impuso como factor inductivo de un nuevo acuerdo de los aspectos primordiales impuestos por el histórico y el humano acontecer.

Por lo mismo, dentro del propósito de índole genérica así manifestado, aparecieron, además de las consideraciones relacionadas con el régimen civil del individuo, de la familia, de los bienes, los preceptos que, destinados a procurar el sometimiento de la persona a la autoridad que, dotada de atribuciones dirigidas a vigilar la conducta del individuo y a definir los actos a él atribuibles y calificables como delitos, al mismo tiempo que tiene en cuenta los principios mantenedores de la facultad coercitiva del Estado, de su poder público, autoridad destinada a la sanción y represión del crimen, otorga al individuo los atributos que, en defensa de su ser personal, comparecen como objetivo determinante de su vigencia y de su cabal ejercicio.

Aparece entonces, como guía primordial en los aspectos más significativos relacionados con la consideración que merece el individuo como entidad racional, para regular la severidad del estado en cuanto al tratamiento que al ser humano debe serle otorgado, la norma legal según la cual, "en materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito". Esta disposición se halla sometida a las contingencias previstas en el mismo estatuto, en cuyo artículo 45 se preven las diversas situaciones que, derivadas de la categoría dada a los hechos imputables al procesado, tienden siempre a favorecerlo, en consonancia con el mismo espíritu, siempre deducible de la finalidad claramente revelada en las sucesivas legislaciones que sobre la materia lleguen a tomar vigencia. El claro texto de los referidos mandatos denuncia la prevalencia del indicado criterio, al establecer que, eliminado legalmente el carácter de delito asignable a un acto tenido como tal por una norma precedente, la nueva disposición equivale a un indulto y rehabilitación. De igual modo y con idéntico criterio, se prevé la rebaja de la pena imponible en caso de ser ella adoptada por una nueva legislación; y también resulta de trascendencia la facultad concedida al sindicado de invocar la aplicación del precepto que estime más ventajoso, cuando se contempla, al mismo tiempo, la rebaja en el máximo y el aumento en el mínimo de la pena imponible. En la misma forma se consagra la predominancia de la nueva ley que disminuya la sanción corporal, aun cuando, de igual modo, se disponga el aumento de la pecuniaria. Y por último, sin el objetivo de establecer la impunidad sino tan solo un sentido de humana consideración, se consagra la prevalencia de la benignidad para efectos de interpretar las situaciones de hecho sometidas al juicio de quien tuviere la competencia para el pronunciamiento del res-

pectivo fallo.

Estas algunas de las reflexiones que emanadas del carácter eminente asignable a las pautas contenidas en los textos constitucionales y legales de esta manera concebidas, conducen a hacer destacar, lo mismo el afortunado acierto de su entidad, demostrativo del espíritu predominante en una época históricamente realizada por la presencia de humanidades eximias, capaces de concebirlas, que la sólida consistencia de los sabios preceptos entonces acogidos y al presente conservados como preclaro patrimonio, demostrativo del justo, del equitativo criterio desde entonces revelado como base anímica de tan acertadas concepciones.

De esta manera, el centenario de la Ley 153, coordinado con el de la Constitución nacional, adquiere una singular significación, aliviada por la mantenida prevalencia de los principios, de las concepciones ideológicas, jurídicas, en su texto sostenidas y que, influyendo de manera lógica, ineludible, en las presentes emergencias de la vida civil, de la conducta humana, revelada ella en sus episodios, en sus compromisos, en la asunción de los derechos que le incumben y en el cumplimiento de las obligaciones que lo comprometen, se mantiene como sólida base de la vida civil y democrática que continúa caracterizando nuestro individual y colectivo devenir.

EL NUEVO PROYECTO DE CODIGO DE DERECHO CIVIL

Luis Alberto Ariza Martínez

El Código de la Nación Colombiana está vigente desde hace más de 114 años; lo que quiere decir que el aniversario tímida y tardíamente celebrado en este año, debió conmemorarse en 1.973 y no en 1.987. En efecto, el Código Civil fue sancionado como el de la Nación el 26 de mayo de 1.873. La ley 57 de 1.887 que se toma como referencia para el hoy recordado aniversario, lo que hizo fue sancionar nuevamente el anterior Código Civil.

Con esta precisión histórica, es laudable que nuestro Código Civil sea rememorado por los amantes del derecho, y, en especial, por quienes deben estar atentos a la actualización legislativa ante los requerimientos sociales, políticos, económicos y técnicos que la comunidad demanda.

El Código Civil se considera, si no se reduce a lo simplemente económico o patrimonial (Código Ruso de 1.923) como "un conjunto de principios y preceptos jurídicos sobre la personalidad y las relaciones patrimoniales y de la familia"; lo que significa que los valores que regula atañen al hombre integral, tomado como un elemento insustituible y el más valioso dentro del concepto de Estado y de Nación. No obstante el interés común al cual se encamina, se ha presentado y considerado erróneamente por algunos como el trasunto jurídico del individualismo. Al Código de Napoleón se le calificó como la "Epopéya burguesa del Derecho Privado", porque en muchas de sus disposiciones se notaba la ausencia de cooperación humana y acusaba preocupación desmedida por reglamentar la propiedad territorial. Las tendencias socializantes y socializadoras que hoy predominan, han proclamado aparentemente la crisis o decadencia del Derecho Civil. Pero la condena de éste parece exagerada, pues, sí en verdad deben ponerse límites al abuso individualista, los excesos estafales ahogan todo espíritu de iniciativa privada y se entromete en un campo que puede anular hasta los derechos humanos individuales, defendidos hoy celosamente por todas las comunidades civilizadas. Pero, como anota Josserand, "El Derecho Civil siempre será el escudo del individuo contra el abuso del poder de las agrupaciones".

El estado de las personas, la familia, la propiedad, así ésta se regule, y, el contrato en general, entrelazados todos por los conceptos de Derecho y obligación, conforman las instituciones fundamentales del Derecho Civil que, además de no poder desaparecer, necesitan renovarse y armonizarse con los fines supremos del grupo social.

Nuestro Código Civil afortunadamente ha venido actualizándose, al menos parcialmente, pero circunstancial y desordenadamente. De él se

han desprendido Códigos como el Laboral, el Minero y el Comercial, sin retorno los primeros, pero no el último en su totalidad, pues materias que antes se aunaban, han tomado rumbos que las conveniencias sociales y económicas han impuesto.

Las leyes que se han adicionado al Código Civil y las que han sustituido a muchas de las que don Andrés Bello redactó, señalan la necesidad de una revisión general que implica selección, reubicación, renovación y nueva redacción en general, en lo posiblemente modificable, según las actuales concepciones decantadas del derecho.

El Código Civil Chileno que es la fuente inmediata y primordial de nuestro Código, duró con proyectos de reforma, alrededor de 31 años, — Desde julio de 1.826 hasta el 1° de enero de 1.857— dentro de los cuales don Andrés Bello como orientador y redactor gestó en la sombra su admirable obra jurídica, calificada como sobresaliente entre sus similares. En verdad, la redacción de un Código Civil significa esfuerzo, dedicación y conocimientos no comunes, difícilmente compensables. Por eso, muchos países han adoptado Códigos Civiles redactados en otras latitudes, lo que supone, además de su complejidad y vastedad, presupuestos básicos que son afines a todas las comunidades.

En los últimos 56 años se han expedido en Colombia dos Códigos Penales, tres Códigos de Procedimiento Penal, dos Códigos de Procedimiento Civil, dos Códigos de Comercio, un Código de Procedimiento Laboral y de Derecho Sustantivo del Trabajo, lo cual demuestra un interés estatal en tales materias para aceptar los requerimientos de la comunidad. Sin embargo, respecto a una posible reforma integral del Código Civil, no tocada sino de manera excepcional por algunos juristas estudiosos, se consideran los Gobiernos y Legisladores como no alcanzados por tales preocupaciones. Es penoso y frustrante aceptarlo, pero las mismas Universidades, Academias Jurídicas, Funcionarios Judiciales, y, en general, los Abogados, nos hemos mostrado lastimosamente indiferentes a la reforma del Código Civil. La explicación, pero no justificación que hallo, es no solo la complejidad, vastedad, variedad y comprensión del tema, sino la ausencia de estímulos para el trabajo y la ciencia jurídica. Además, la actitud despectiva o de indolencia de quienes manejan los presupuestos y los controles político-jurídico-educacionales, para quienes las investigaciones del Derecho y las modificaciones legislativas no les sugieren rendimientos político-electorales.

Desafortunadamente, la concepción imperante en el medio no rigurosamente jurídico, es la de que si las posibles reformas no se ubican dentro de un esquema utilitarista e inmediatista para su propio provecho, se condena todo intento reformista a transitar la inevitable vía del limbo jurídico.

Si a lo anterior sumamos la pereza intelectual que hoy, en general, nos agobia e impide estudiar y analizar con profundidad los diversos temas de la difícil ciencia del Derecho, para adecuarla a las verdaderas necesidades de los asociados, no se vislumbra sino un panorama desolador que presagia la aproximación, en últimas, a una mayor frustración de la Justicia, ya

hoy en aguda crisis que clama por la declaratoria de una verdadera emergencia.

Un presupuesto de sentido común se impone: Nada puede criticarse, ni analizarse, ni menos acogerse, si no se conoce. Todos los Códigos que se han reformado últimamente en Colombia se han publicado en periódicos, revistas, foros, conferencias, etc. Para despecho de los Abogados civilistas, la única excepción ha sido el proyecto del Código Civil, el que no obstante su vastedad y complejidad, —pero precisamente por eso— debe hacerse conocer, interviniendo para este fin los Gobiernos, las Universidades, los medios de publicidad, y, en especial, la prensa escrita, que no debe ser exclusivamente comercial y política, sino honestamente informativa y pedagógica, pues se trata de un tema que interesa a la comunidad. Es insuficiente que la única publicación que se ha hecho del "Proyecto de Código Civil" con la denominación "De Derecho Privado" tiene como exclusiva patrocinadora a la Superintendencia de Notariado y Registro, que publicó una limitada y defectuosa impresión, lo que indica que su estudio y análisis es restringido y difícil. Se impone, por consiguiente, una reimpresión del Proyecto de 1985 para difundirlo suficientemente entre los estudiosos del Derecho, las Universidades e interesados en el Derecho Civil para que conociéndose suficientemente su contenido, pueda siquiera merecer una crítica, pues el trabajo dispendioso que ha exigido la elaboración del Proyecto no puede dejarse expósito e indefenso.

Es lamentable que para el Proyecto de 1985 no se hubiesen redactado Actas de las sesiones de la Comisión, o, al menos no se hubiesen publicado ya, para conocer los antecedentes y la intimidad jurídica de la nueva redacción, pues hasta el momento no se cuenta sino con la "Exposición de motivos" que ya había escrito, en lo fundamental, el doctor Arturo Valencia Zea para su Proyecto de "Código de Derecho Privado" publicado en 1980.

Aunque para algunos autores ha sido controvertible la conveniencia de dejar constancia en Actas de las discusiones que gestaron la reorganización y nueva redacción del Proyecto, nadie puede dudar sobre su utilidad para la comprensión y análisis del articulado, pues se constituyen en guías insustituibles que facilitan la inteligencia del nuevo ordenamiento proyectado y sacan del arcano lo que debe ser diáfano en toda innovación legislativa. Si para el Congreso de la República se impone dejar constancia en Actas debidamente publicadas en las discusiones de todos los proyectos de ley a los cuales tiene acceso la comunidad, con mayor razón debe tenerlo a las actas de las sesiones de una Comisión redactora oficialmente creada, pues no obstante su naturaleza técnico-jurídica, no puede gozar de una reserva anti-jurídica. Si esto implica mayor dedicación para la Comisión, el Gobierno no puede actuar con cicafería negándole los medios económicos, técnicos y de funcionalidad que una obra de la calidad analizada, exige.

Ejemplarizante fue en nuestro país, en este aspecto, la obra de los redactores de los Códigos que se expidieron en la década de 1930, quienes sí nos legaron actas de sus sesiones, en contraste con el sigilo que de los Códigos y Estatutos últimamente redactados han guardado sobre las motiva-

ciones y antecedentes completos que precedieron su redacción final, pues ante su ausencia coloca a los lectores, —analistas e intérpretes de los proyectos y leyes, al borde de la adivinación, al menos respecto de algunos artículos, para desentrañar el pensamiento de sus autores y de los orígenes y fuentes de sus innovaciones. Tan frustrante es para los analistas jurídicos el vacío que dejan las Actas, que sin éstas no sabemos si todos los comisionados acudieron a las sesiones, y a cuáles, ni cuál fue el aporte sustancial de cada uno de ellos, ni qué intervención de hecho hubo en la redacción, pues es innegable que para el público estos antecedentes tienen un interés histórico —jurídico.

El homenaje que en verdad podemos hacerle al Código Civil vigente es leerlo comparativamente con el actual Proyecto que se publicó en 1985, para poder ponderar con verdadero espíritu científico-jurídico la conveniencia y utilidad de introducirle o no las reformas que se proponen y otras que deben y han de surgir de las mentes lúcidas y experimentadas de los amantes del Derecho.

Transcribo, para recordarla, la moción de Don Francisco R. de Vicuña cuando el 27 de marzo de 1828 presentó en Chile al Congreso Constituyente dos proyectos alternativos, sugiriendo el nombramiento de una comisión de jurisperitos de primer orden, o la de un premio especial al jurisperito o sociedad de Abogados para que en un lapso determinado presentaran un Proyecto de un Código Civil y Criminal que mereciera la preferencia entre otros, "previo el informe de una comisión de los más justificados y facultativos de la República". Dice el Sr. Vicuña: "Lamenta la República entera los males que padece en el orden judicial. Ningún ciudadano desde el instante mismo que es citado a un Tribunal tiene segura su propiedad aunque su buena fe, sus consultas con jurisperitos sabios, su inspección o precaución para hacerse de una propiedad de arraigo o un contrato con personas particulares o privilegiadas o cuantos medios de seguridad haya imaginado, en fin, aunque haya practicado cuanto pudo y debió hacerse; todo, todo es burlado por la complicación de leyes contradictorias, por las opiniones de autores divididos en sus interpretaciones y glosas que hacen inefectivas las responsabilidades de un juez o de un Tribunal y le hacen árbitro de vulnerar al que no sea de su agrado. De aquí nace la aceptación de personas por los vínculos de la amistad, de aquí la venganza de sus enemigos, el pábulo de odio y de una pasión, los efectos de una antipatía o simpatía, nacidos todos de aquellas causas por las que vemos con dolor que ex bono et aequo y por las mismas razones que se gana un pleito se pierde otro de igual naturaleza e identidad. El clamor de los pueblos pide el remedio". (Cita del Dr. Luis Claro Soler en su obra: "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado". Edit. Jurídica de Chile. Vol. I, pág. 16).

Ojalá nuestros Legisladores y Gobiernos se den cuenta que toda producción jurídica es una aportación en la permanente "lucha por el Derecho", que es como decir por la paz.

LA CENTENARIA LEY 153 DE 1887

BERNARDO URIBE PRADA

Algunas de nuestras instituciones, reglamentaciones, compilaciones, han permanecido en vigencia no obstante el transcurso de los tiempos, lo cual no deja de ser factor que las acredite como convenientes y eficaces, desde luego que las varias épocas en que han regido no han impuesto su derogación. No es que por sí solo ello hable de la sapiencia que puedan contener, ni que por tal causa se presenten como un instituto insustituible, e intocable.

Pero indudablemente tiene pertinencia no pasar por alto las diversas consecuencias que brotan de un hecho como el que se anota. Es la primera consecuencia, muy visible, relevar el grado de madurez logrado por el pueblo o por los gobernados. No puede olvidarse que en el siglo pasado se modificaban Constituciones y Legislaciones al compás de las rivalidades de los Jefes Políticos y de los Caudillos militares regionales, unos y otros presionando en determinado sentido. La inconsistencia jurídica e institucional, era producto forzoso e inevitable de la inestabilidad política, que, no solamente se vivía, sino que hubo de respirarse por largo tiempo. De ahí que durante el siglo pasado bastaba cualquier género de desorden para que todo el mundo buscara como remedio una nueva Constitución, y una nueva Legislación. Por eso la extraña cosecha de Constituciones, de Compilaciones, y de Códigos, durante el siglo XIX en Colombia. Indisputablemente, sí hemos logrado un progreso. Un avance como pueblo, como núcleo histórico.

Y, una segunda observación que se destaca dentro de la situación que se examina. Es a saber, que en el análisis histórico-jurídico de los pueblos y de su organización, precisamente ocupan un rango superior aquellos que ostentan mayor solidez en su estructura jurídica, la cual, como es obvio se consolida con el paso de los tiempos al demostrar que se trata de una obra o de una institución que debe conservarse y que no requiere ser modificada. Y, esto, lo está mostrando elocuentemente la permanencia de la Ley 153 de 1887 en el acervo legal de Colombia.

De este modo, pues, atendió la ley en cita a la necesidad que surgía con la vigencia del Código Civil, y de otros Códigos. Por lo demás, el artículo 1° de la Ley 57 de 1887 definió que el Código Civil de la Nación era el sancionado el 26 de mayo de 1873, o sea, el Código que ha regido la vida de los colombianos por más de un siglo, y, que es el mismo que han aplicado múltiples generaciones de abogados y de funcionarios judiciales.

Por lo demás, tanto la Ley 57 de 1887 como la Ley 153 de 1887 consideraron el fenómeno engendrado por la Constitución de 1886 y por el cambio de organización. Así es como el art. 2° de la L. 57 de 1887 ordena que los términos, presidente del Estado, Estados Unidos de Colombia, etc., "se entenderán dichos con referencias a las nuevas entidades o funcionarios constitucionales, según el caso lo requiera". Y, el art. 324 de la L. 153 de 1887, manda que las denominaciones, Estado, Territorio, Estados Unidos de Colombia, etc., "y las demás que a virtud del cambio de instituciones requieran

en algunos casos una sustitución técnica, se aplicarán a quienes paralela y lógicamente correspondan". En esta forma quedaron técnica y ampliamente atendidas las nuevas creaciones constitucionales y legales, que se incorporaban desde entonces a la vida política y jurídica de Colombia.

Mirada la Ley 153 de 1887, impresiona la misma como un estatuto de máxima coherencia y de admirable sabiduría. Se encaminaba tal estatuto a darle iniciación a la vida jurídica reglada por el Código Civil que se estaba adoptando, y, para el cual, se buscaba rigiera eficazmente las necesidades de los colombianos.

Por eso dicha ley contiene preceptos del más variado orden, ya que atiende a objetivos jurídicos múltiples. Así es como se destacan en ella normas relativas a hermenéutica, tránsito de legislaciones, reglamentación de determinadas situaciones para que se realice la justicia. Contempla la conducta del ciudadano en torno de numerosos asuntos. Le da pautas y criterios al funcionario para que ajuste su comportamiento a tales principios. Organiza y reglamenta muchos aspectos del funcionamiento de las entidades jurisdiccionales. Incluye definiciones de orden legal, y prevé la proyección de las mismas en la vida jurídica, como también en la vida de los negocios del hombre. Establece numerosas aclaraciones, y reglamenta diversos efectos jurídicos, que, de otra manera, producirían imprecisiones y oscuridad.

De este modo, la orientación y carácter del estatuto comentado se fija por el art. 1º del mismo, cuando prevé incongruencias entre leyes anteriores y posteriores, u oposiciones entre ellas, o se requiera el tránsito de derecho antiguo a derecho nuevo.

Los derechos adquiridos son respetados y tienen una consolidación legal al tenor de los arts. 322 de la L. 153 de 1887 y 17 de la misma; por lo demás, los arts. 18 y ss. de la ley en cita contemplan en forma muy clara y sabia las diversas situaciones relativas a derechos adquiridos, en cuanto a muy variadas hipótesis que puedan presentarse con respecto a la persona interesada.

El art. 15 puso fin a abusos y corruptelas que llegaron a ocurrir invocando la legislación española, definiendo al respecto en forma terminante que "las leyes españolas están abolidas". La órbita del Derecho Canónico se fijó muy claramente por el art. 16, pero dejando definido en forma muy explícita que "será solemnemente respetada por las autoridades de la República".

Era necesario amparar con garantía legal las múltiples posiciones que llegarían a configurarse en relación con el goce de los derechos adquiridos, y fue así como los arts. 28 y ss. previeron esos numerosos casos, que van desde el ejercicio de los derechos adquiridos, hasta definiciones de derechos adquiridos referentes a posesión, usufructo, servidumbres, testamentos, sucesiones intestadas, etc.

La prescripción es objeto de la norma establecida en el art. 41. En multitud de casos ha sido la clave de muy sonados pleitos, y la base jurisprudencial de doctrinas de la Corte Suprema. Se trata de un precepto muy concreto, de notoria sapiencia.

Relativamente a cuestiones procedimentales se imponía una norma como la del art. 40, tan previsoramente y eficaz.

Para asuntos penales, los arts. 43, 44 y ss., establecieron principios de indiscutible justicia, que constituyeron definiciones necesarísimas para aclarar y evitar así arbitrariedades. En el art. 44 se halla establecido el principio de favorabilidad, de que tanto se usa, y que muchas veces ha preservado la libertad de numerosos procesados.

El art. 48 cerró el paso a situaciones de abuso que llegaron a presentarse cuando autoridades judiciales rehusaban juzgar, pretextando silencio de la ley, oscuridad o insuficiencia de la misma. Bastante vinculado a este precepto es el art. 17 del C.C. que prohíbe al funcionario judicial proveer por vía general o reglamentaria.

Por otra parte, alguna relación tiene con lo que se viene comentando, el art. 4º de la L. 169 de 1896, precepto éste que se refiere a las decisiones de la Corte Suprema como Tribunal de Casación, definiendo al respecto que constituyen doctrina probable, y que la propia Corte puede variar sus doctrinas.

Bien se ve la necesidad de ese conjunto de preceptos que tendía a que el Código Civil que se adoptaba, rigiera para dar firmeza y seguridad a la vida de los colombianos. Era necesario que el Código no creara ambiente de desconfianza a causa de incongruencias, o de normas que en cuanto a su aplicación suscitaban situaciones problemáticas. Todo ello fue tomado en consideración por la L. 153 de 1887, cuya vigencia centenaria ha dado motivo a los comentarios que preceden, y, que demuestra, haber sido constitutiva de un acierto, acreditando una vez más, que realmente EL LEGISLADOR ES SABIO Y PROVIDENTE.

LA CONCEPCION DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN LA UNAB

Gabriel Burgos Mantilla

Para poder precisar cuál es la filosofía de la Facultad acerca de la formación de sus abogados y cuáles son las políticas que están aplicando para obtener esa formación, es preciso que aclaremos algunos aspectos previos.

En primer lugar, tenemos que situarnos en el marco de una institución que profesa dentro de sus principios, la libertad de pensamiento y de cátedra, entendiendo por ésta que en ella se oyen, se discuten, se critican y analizan todas las corrientes del pensamiento moderno, que la Universidad no exige de sus profesores ni de sus estudiantes ni de sus funcionarios, declaración alguna de ortodoxia religiosa o política, que profesa hacia todas las ideas del más profundo respeto y tolerancia, pero exige que éstas se expresen dentro de las causas y siguiendo los métodos propios de una institución universitaria.

Entendemos, con Fernando Hinestrosa, que las funciones del jurista, del abogado, son los mismos del proceso legal: legislación, reglamentación, administración, conceptualización, asesoría, patrocinio, juzgamiento, atestación, docencia e investigación, resaltando y rescatando estos dos últimos de juristas como los más importantes, por cuanto son por naturaleza transmisores y elaboradores de cultura y patrones de conducta, y la universidad, en crecimiento constante y en renovación por impulso propio y por exigencias externas, no puede continuar improvisando o llenando simplemente las cátedras.

Consideramos que el trabajo del abogado es fundamentalmente de criterio, de razonamiento y de expresión; que lo fundamental es la formación de su personalidad, que antes que un especialista o un hábil conceptualizador o litigante, o juzgador, requiere ser un ciudadano y hombre culto y sensato.

Nuestro abogado debe adquirir un criterio, una habilidad de captación, ubicación y solución de los problemas, en el aspecto normativo y en el aspecto humano, particular y social y debe acostumbrarse a no ver la justicia como un simple ideal, sino como algo concreto en trance de quebranto o de reconocimiento en cada recodo del camino, que tiene al alcance de la mano y depende igual de los demás; y que sus patrones de conducta deben ser la discreción, el pundonor, la elegancia y el respeto.

Esta concepción implica que la docencia jurídica debe ser un elemento dinámico que convierta al estudiante en el protagonista de su propio proceso de formación y al maestro en el más honesto conductor de sus discípulos,

el más incisivo analista de la realidad, el más acerado demolidor de los perjuicios de su tiempo, de su círculo social y de su profesión.

Para ello la Facultad ha implementado y está implementando una serie de políticas que considera le van a permitir cumplir con sus objetivos fundamentales, así:

- 1) Creación de los Departamentos en Areas especializadas del Derecho o cargo de un docente de tiempo completo.
- 2) Creación del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas y de la Revista Socio-Jurídica como órgano de expresión de la Facultad.
- 3) Creación del programa de Formación Docente con miras a formar los futuros profesores e investigadores de la Facultad.
- 4) Establecimiento de las Comunidades de Trabajo, los Seminarios, las Guías de Cátedra, los Talleres de Investigación y los programas de especialización con el criterio de modificar el sistema tradicional de enseñanza del Derecho, y
- 5) Establecimiento de un programa de Informática Jurídica hacia el interior de la Facultad y hacia la comunidad.

DISERTACION DE ROBERTO SERPA FLOREZ,

PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD SANTANDEREANA DE
PSIQUIATRIA EN LA SESION INAUGURAL DEL 27°
CONGRESO NACIONAL DE PSIQUIATRIA

BUCARAMANGA JUEVES 29 DE OCTUBRE DE 1987

Señoras y Señores:

Como presidente de la Sociedad Santandereana de Psiquiatría doy a ustedes un cordial saludo de bienvenida a esta ciudad y a este Vigésimo Séptimo Congreso Nacional de Psiquiatría. Las cuestiones que atañen a nuestras disciplinas psiquiátricas serán objeto de atención y análisis en este Congreso, tanto en las ponencias oficiales, en las exposiciones de temas libres, como en las discusiones que aquellas originen y en los contactos informales de los participantes. Deseo que este Congreso tenga muchos éxitos, que la información que recibimos aumente nuestros conocimientos y nuestra comprensión de algunas de tantas incógnitas que aún afronta la Psiquiatría, y que los intercambios personales, científicos y gremiales sean provechosos y fraternales.

Transcurren las deliberaciones de este Congreso en momentos de gran incertidumbre e intranquilidad para nuestra Patria. Como médico, como intelectual y como ciudadano no puedo ni debo eludir ni ignorar la realidad social y política, la dinámica histórica de la época en que me ha tocado vivir y cuyas perspectivas me inquietan al pensar en el futuro que vivirán mis hijos, mis nietos, mis alumnos y discípulos. No puedo callar lo que quiero decir. Sea esta la justificación de las reflexiones que siguen y que no comprometen a la Sociedad Santandereana de Psiquiatría sino a mí mismo. Una terrible, profunda y dilatada crisis de todos los valores y aún de sus mismas instituciones agobia a Colombia desde hace varios años. Comenzó con hechos tan graves como la proliferación de focos guerrilleros, la delincuencia de cuello blanco en las instituciones financieras, el holo-

causto de la Corte Suprema de Justicia, las matanzas de Tacueyó y del Caquetá. Hoy las Instituciones que la Nación se ha dado parecen inoperantes e ineficaces ante la dinámica de las fuerzas sociales y económicas que buscan en unos casos su propia supervivencia y en otros su supremacía intolerante y exclusiva. Hay un clima intransigente de aguda polarización de los extremismos ideológicos y políticos con predominio alarmante de la irracionalidad y la violencia sobre la razón y el acuerdo político entre los colombianos, acuerdo que debiera buscarse para producir y crear cambios estructurales que favorezcan a la mayoría de la población hoy sumida en la miseria.

En Colombia la muerte violenta es hoy la segunda causa de mortalidad. La desestabilización se expresa en conductas criminales: asesinatos de jóvenes soldados en emboscadas, de campesinos en sus parcelas, exterminio sistemático de miembros de una agrupación política, enriquecimiento ilícito desvergonzado, desapariciones, extorsiones, secuestros, asesinatos de gentes de todas las clases sociales (hacendados, empresarios, profesionales, líderes sindicales, desempleados, consumidores y expendedores de drogas en pequeña escala, vagos, desconocidos); persecución, amenazas, muerte y exilio de profesores y estudiantes universitarios, de médicos, de jueces, sacerdotes, periodistas, intelectuales y artistas. La acción violenta y homicida de grupos guerrilleros, de grupos de autodefensa, de grupos paramilitares, de cuadrillas de bandoleros, la inoperancia de la justicia sin recursos ni medios de investigación. La inacción e irresponsabilidad de no pocos representantes de la llamada clase política que ha creado un vacío de poder, llenado ahora por la "política informal" de los paros cívicos, las marchas campesinas, las huelgas de obreros y empleados; invasiones de tierras rurales y urbanas, paros en las escuelas, universidades y hospitales, parálisis e ineficiencia de los servicios públicos, ausencia del Estado en grandes zonas del territorio nacional, rapiña burocrática de grupúsculos personalistas por el reparto de los empleos y los contratos públicos. El neocapitalismo gangsteril con su avasallante poder económico disociador de instituciones y distorsionador de la economía. Y como si fuera poco además, la amenaza a la soberanía y la integridad territorial y marítima de nuestras fronteras. Todo ello en un contexto mundial en el que el sistema financiero internacional es sacudido hasta sus cimientos por los gigantescos desequilibrios comerciales y presupuestales de las economías de las más grandes naciones y las colosales deudas de los países de este continente, y cuando la lucha por las fuentes de energía del petróleo del Golfo Pérsico ponen en peligro la paz mundial.

Toda esta dramática enumeración, de apariencia apocalíptica, es una inculcable y perturbadora realidad. Pienso que la Sociedad Colombiana de Psiquiatría, como gremio, debiera tomar una posición en busca de una salida política racional a esta situación aparentemente insoluble en que se debate nuestro país en los últimos años. Lo menos que puede pedirse a una asociación de psiquiatras es que acepten y no eludan la realidad y contribuyan a encontrar una solución racional que no puede ser sino política. Propondré ante la Asamblea General de la Sociedad de Psiquiatría algún pronunciamiento al respecto y espero obtener acogida y respaldo.

Las consideraciones anteriores pretenden hacer tomar conciencia a los

psiquiatras colombianos de que nuestros esquemas conceptuales especializados y los enfoques necesariamente limitados de nuestra disciplina profesional son parciales y notoriamente insuficientes para explicar, comprender y resolver los complejos problemas que nos ofrece la dinámica dialéctica de la evolución social e histórica. Sería ingenuo y pueril querer dar una explicación general de tipo psicológico o psiquiátrico exclusivamente, de estas conductas sociales e históricas acudiendo a hipótesis reduccionistas psiquiátricas como invocar la acción de mentes desquiciadas de psicópatas o psicóticos, o contentarse con superficiales análisis comprensivos basados en la psicología dinámica, o en la psicología del aprendizaje, o en otros paradigmas propios y útiles únicamente dentro de contextos limitados. La aseveración de que nuestro país ha enloquecido no sería más que una frase hecha, un simil o una metáfora que nada explicaría y serviría solamente para negar una realidad que nos golpea y acosa y no nos podemos ocultar ni eludir.

En escala menos ambiciosa, más modesta, la Sociedad de Psiquiatría debiera pronunciarse en favor de políticas dirigidas a mejorar la salud de los colombianos y las condiciones de los hospitales mentales, de sus pacientes y de los trabajadores de salud mental. Casi todos los años estos establecimientos tienen enormes dificultades para su funcionamiento y también todos los años hay problemas laborales que culminan en huelgas y paros de sus trabajadores con serio perjuicio para los pacientes y las mismas instituciones. Hemos llegado a acostumbrarnos poco a poco a considerar normales hechos tan anómalos como la escasez crónica y recurrente de los recursos presupuestales de los hospitales.

A comienzos de este año, en los primeros días de marzo, cuando la parálisis de los hospitales de Santander llevaba más de tres meses, la Academia Nacional de Medicina capítulo de Santander envió una carta al Presidente de la Academia Nacional de Medicina en Bogotá exponiéndole la gravedad de la situación y pidiendo la intervención de la Academia ante el Congreso Nacional y ante el Gobierno, como órgano consultor que es del Gobierno Nacional en asuntos de salud y educación médica. La redacción de esta carta me fue encomendada y quiero transcribir algunos de sus párrafos, todavía muy actuales, y que resumen cabalmente mi pensamiento:

"La Academia Nacional de Medicina Capítulo de Santander considera que las soluciones que se den a la muy compleja y delicada situación que afecta al área de la salud, deben ser soluciones de fondo, estructurales, basadas en la más alta y noble política, con definición clara y precisa de las necesidades del sector salud y su orden de importancia, dando prelación a las políticas preventivas sobre las curativas, con programas y planes que tengan un adecuado respaldo presupuestal y sean ejecutados por funcionarios idóneos, competentes y técnicos, sin interferencias de los grupos de presión personalistas que, unas veces para pagar servicios electorales clientelistas y otras para obtener privilegios laborales de pequeñas camarillas sindicales y para sus familiares, han venido apoderándose poco a poco de las instituciones hospitalarias y de los servicios de salud".

"No podemos terminar esta carta —decíamos— sin una nota de

autocrítica gremial. La indiferencia, el alejamiento y el desapego de los grupos dirigentes médicos por estos importantes asuntos de la salud pública que abruma a nuestro pueblo, la falta de sentido político del gremio médico, entendida la política en su auténtico sentido de servicio a la comunidad, indiferencia de que ha dado muestras nuestra profesión en algunos de sus estamentos, los que por su madurez y experiencia debiéramos tener mayor sentido de la responsabilidad, ha contribuido, a crear este estado de cosas extremadamente peligroso del cual no podemos sentirnos completamente inocentes. Pero al menos esperamos haber reaccionado, quizás no demasiado tarde, asombrados por la magnitud del desastre que se avecina si no se le da un remedio oportuno y radical".

Así decíamos hace ocho meses planteando la situación hospitalaria en su contexto de la situación nacional. La crisis de los hospitales no se ha superado, por el contrario, ha empeorado. Las gestiones de la Academia Nacional de Medicina no tuvieron ningún resultado, quedaron en documentos y constancias pero no en hechos ni decisiones políticas y administrativas. Sin embargo, seguimos creyendo que es nuestra obligación de médicos y de ciudadanos llamar la atención sobre estos asuntos y proponer soluciones. Esta razón ha llevado a quien les habla a prescindir de un discurso de corte académico, científico o literario, como es usual en estos certámenes, y plantear a ustedes estos motivos de reflexión.

Quisiera terminar con una nota de optimismo, pero para que el optimismo sea razonable debe ser razonado y no mantenerse en el vacío sino debe fundarse en la esperanza de una firme y decidida respuesta de todos, estamentos, grupos y fuerzas sociales ante la compleja crisis que aqueja a la Nación, que a todos nos concierne y nos afecta y a cuya superación todos debemos contribuir.

Una vez más, para terminar, doy el saludo de bienvenida a nuestros visitantes, invitados especiales, participantes y acompañantes a este Vigésimoséptimo Congreso Nacional de Psiquiatría. Confío en que su estadía en nuestra ciudad sea grata y en que las actividades del Congreso se desarrollen en la mejor forma posible, tal como ha sido el deseo del Comité Organizador que acometió este empeño y que nos ha dado la gran satisfacción de estar estos días con ustedes en Bucaramanga.

He dicho

Roberto Serpa Flórez

CONSIDERACIONES SOBRE EL TRASPLANTE

CARLOS CORTES CABALLERO MD.

En Colombia desde 1964 se han venido haciendo constantemente trasplantes de diversos órganos del cuerpo humano y la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia se considera como pionera de esta actividad, con notable éxito, hasta el punto de que hoy día solo les queda por practicar dos: el de páncreas y el cardiopulmonar y no será raro que los lleven a cabo antes de culminar este año.

En el campo de los trasplantes no existen limitaciones morales y antes por el contrario la iglesia misma ha participado gozosamente del éxito de estas intervenciones como lo demuestra su actitud manifestada a través del cardenal Alfonso López Trujillo cuando personalmente felicitó al equipo que efectuó el primer trasplante cardíaco en Medellín.

Los únicos requisitos que exige la iglesia que deben tenerse en cuenta en las diversas modalidades de trasplantes, es que no se produzcan alteraciones de la personalidad en el receptor o que no queden consecuencias funcionales en los donantes; que no haya riesgos innecesarios, que las donaciones sean hechas con plena libertad si se hacen en vida o con total consentimiento de la familia en los muertos y que "exista la suficiente probabilidad de éxito".

En cuanto al médico en estos casos se les pide que debe comportarse de acuerdo con sus principios morales y los lineamientos de la Asociación Médica Mundial que recomienda tener en cuenta que su preocupación debe ser siempre la salud del paciente y que tanto el donante como el receptor merecen ser igualmente protegidos en todos sus derechos.

El equipo médico que practique estos procedimientos debe estar lo suficientemente preparado para explicarle detalladamente al receptor la metodología que habrá de seguirse, los riesgos que estos actos conllevan y no esconderle la posibilidad de otras alternativas si las hay y manifestar las probabilidades de éxito sin estimular la aparición de esperanzas de pronto irrealizables. Corresponde al médico reglamentar la aplicación de aquellos requisitos complementarios que de acuerdo con la tecnología moderna y la patología regional puedan brindarle la máxima seguridad al receptor.

El grupo que realice estas intervenciones debe ofrecer la máxima garantía en cuanto a competencia, técnica y experiencia.

LEGISLACION

La Ley 23 de 1981 que dicta normas sobre ética médica es muy precisa en este aspecto. Dice en el artículo 54; "El médico se atendrá a las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial con relación a temas de trasplantes de órganos; organización y funcionamiento de bancos de órganos y tejidos, producción, utilización y procesamiento de sangre, plasma y otros tejidos".

La legislación colombiana ha producido normas que regulan el manejo de los trasplantes. La más reciente es el decreto 2363 del 25 de julio de 1986 que tiene el mérito de haber modificado uno de los parámetros para el diagnóstico de muerte cerebral; cambió del electroencefalograma isoelectrónico por el de "ausencia de funciones del tallo encefálico" lo cual obvia la necesidad del laboratorio para hacer ese diagnóstico. Contempla además las posibilidades de trasplantes entre personas vivas y establece como requisito para ello que "en ningún caso exista compensación económica alguna, ni en dinero, ni en especies, para el donante". Es quizás demasiado exigente en el sentido de que establece un plazo no inferior a doce horas para identificar los signos de la muerte y precisar de la triple constatación de la misma que debe hacerse por dos o más médicos no interdependientes del equipo del trasplante, uno de los cuales debe tener la condición de neurólogo clínico. También constituye un inconveniente el hecho de que el Ministerio de Salud no ha definido los criterios para dar las licencias de funcionamiento de los distintos grupos de trasplantes del país, de que habla el decreto.

El obstáculo mayor no obstante lo constituyen los familiares del cuerpo que se pone a la extracción de miembros anatómicos bien sea por la falta de campañas educativas o de motivación. Para obviar este inconveniente desde el punto de vista jurídico surgen dos posibilidades: la del Dr. César A. Giraldo quien sugiere que para poder retirarse los órganos requeridos podría "asimilarse la situación presentada a un estado de necesidad por parte del receptor" sin embargo esta posición al parecer no tiene jurídicamente mucho asidero.

Queda entonces la de los Dres. Olga Rodríguez y Gustavo Barrera quienes sugieren que se tenga como base el Art. 30 de la Constitución Nacional que dice 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 reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder ante el general o social. Y que puede prevalecer el derecho a la vida y a la salud, en contraposición de la preservación o pérdida de órganos en un cadáver y que la constitución propugna por la vida y la salud en general; que la medicina de acuerdo con el Art. 9 de la ley 23 de 1981 es una función social que tiende al mejoramiento de los patrones de la vida. Ante tales supuestos sería que nuevamente se legislara a este respecto para que se "convirtieran estas prácticas en legales". Lo más práctico parece, no obstante, es formar equipos interdisciplinarios de trabajo que desarrollen una labor constante de información, ilustración, concientización de la comunidad para que desaparezcan los obstáculos para la donación.

Ultimamente se están creando corporaciones que identifican y aglufi-

nan personas mediante la carnetización que han autorizado en vida y siguiendo la ley, la disposición de sus órganos en la eventualidad de la muerte.

Finalmente es preciso hacer dos observaciones: en un futuro no muy lejano probablemente con el incremento y el éxito de estas intervenciones es posible que se presenten indiscriminadamente ofertas y demandas de órganos a más alta escala lo cual puede llevar a la comercialización alrededor de estos procedimientos lo cual debe condenarse desde todo punto de vista, por inmoral e ilícito.

Teniendo en cuenta que las enfermedades no respetan estratos económicos ni sociales; ello deberá llevarnos a buscar la manera de que los costos en estos casos estén al alcance de todos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Asociación Médico Mundial. Declaración de Ginebra. Adoptada por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en Ginebra, Suiza, Septiembre de 1948. Enmendada por la 22a. Asamblea Médica Mundial. Sidney, Australia agosto de 1968. Promesa para ser pronunciada por el médico en el momento de ser admitido como miembro de la profesión médica.
2. Barrera T. G., Rodríguez G.O., Anotaciones al decreto 2363 del 25 de Julio de 1986. Cátedra de Medicina Legal, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Septiembre de 1987.
3. CALA H. R.A. Arte y Ciencia de los trasplantes de órganos. Acta Médica Colombiana, Vol. II No. 6 Pags. 283-290 Nov. Dic. 1986.
4. Cardenal Alfonso López Trujillo. Arzobispo de Medellín. Comunicación del día 15 de diciembre de 1985 al Dr. Alberto Villegas.
5. Decreto 2363, 25 de Julio de 1986.
6. Giraldo César A. El trasplante de órganos. Revista Decypol 16 años. Medellín Septiembre 20 de 1986. Pag. 4-9.
7. Giraldo César A. El trasplante de órganos. Tribuna Médica tomo LXXXVI No. 2, julio de 1987. Pag. 32-36.
8. Ley 23 de 1981.
9. Vidal M. Moral de actividades, 5a. Edición. Tomo II Moral de la Persona Madrid.P.S. Editorial,1985.

LA TRADICION EN LOS VEHICULOS Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

Marianell González Castillo

No obstante el tiempo transcurrido desde que se puso en vigencia el Código de Comercio, no ha podido dirimirse el conflicto que surgió a raíz del mandato contenido en su artículo 922. Para llegar a una mejor comprensión del problema, comencemos por analizar el concepto de tradición.

De conformidad con el artículo 740 del Código Civil, "La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales".

Para el Dr. JOSE J. GOMEZ en su obra BIENES, págs. 201 y ss., 1981,

"La tradición es la forma de cumplir las obligaciones de dar y consiste en la entrega que de la cosa sobre la cual recae el hecho debido, hace el deudor al acreedor".

Esa entrega o ese poner el bien a disposición de una persona que ejecuta una obligación de dar, es la que denota tradición. Solo las obligaciones de dar reclaman la tradición. Las de hacer se cumplen ejecutando lo prometido y las de no hacer se satisfacen mediante la abstención convenida.

La tradición es el modo de adquirir el derecho de dominio mueble o inmueble, los demás derechos reales muebles o inmuebles y los derechos personales. (Arts. 740 y 761 del Código Civil).

En el derecho francés el consentimiento traslada el dominio por sí mismo, es decir, sin la entrega del bien el derecho se ubica en otro patrimonio. Si el vendedor tiene plazo para entregar, el comprador no por ello deja de ser propietario desde el perfeccionamiento de la venta.

De acuerdo con nuestra legislación, el contrato solo produce obligaciones que no facultan sino para exigir de una persona determinada una prestación de dar, hacer o no hacer; en tanto que en el derecho moderno fuera de producir vínculos personales, traslada los derechos reales de uno a otro patrimonio.

Entre nosotros, si el contrato produce obligaciones solamente, basta para obligarse los requisitos generales del acto jurídico previstos en el

artículo 1502 del Código Civil, sin que sea necesario ser dueño de la cosa vendida; en consecuencia es válida la cuenta de cosa ajena. De acuerdo con el principio de que el contrato solo es título, el comprador es únicamente acreedor del vendedor mientras éste no le haya hecho la tradición del bien.

"Según las legislaciones en que el contrato es título solamente, el acreedor solo tiene acción personal para obligar al vendedor a entregar la cosa. Conforme a aquellas en que es título y modo, tiene la acción para reivindicarla que es acción real y compromete al propietario". (Ver obra citada Dr. JOSE J. GOMEZ).

El contrato de compraventa de automotores es meramente consensual, es decir, se perfecciona por el solo consentimiento de las partes en cuanto a la cosa y el precio. Esto ha sido unánimemente admitido sin que exista duda al respecto.

La disparidad de opiniones se ha presentado respecto de la tradición de vehículos existiendo tres tendencias:

1. Los que consideran que la tradición de todos los vehículos automotores se rige por las normas del Código de Comercio.

2. Aquellos que distinguen entre compraventa comercial y compraventa civil aplicando para las primeras la norma del artículo 922 del Código de Comercio y para las segundas la ley civil.

3. Quienes entienden que toda enajenación de vehículos debe regirse por el Código Civil.

Veamos con detenimiento las razones aducidas por unos y otros.

Los primeros consideran que a partir de la vigencia del Código de Comercio la tradición del dominio de los vehículos automotores requiere la inscripción ante las respectivas autoridades de tránsito del lugar en donde se encuentre matriculado el automotor junto con la entrega del vehículo. Esta posición ha sido reiteradamente sostenida por la Corte Suprema de Justicia y algunos Tribunales. Parten para ello del contenido del artículo 922 del Código de Comercio que ordena:

"La tradición del dominio de los bienes raíces requerirá además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de Instrumentos públicos, la entrega material de la cosa. Parágrafo. De la misma manera se realizará la tradición del dominio de los vehículos automotores, pero la inscripción del título se efectuará ante el funcionario y en la forma que determinen las disposiciones legales pertinentes. La tradición así efectuada será reconocida y bastará ante cualesquiera autoridades".

Según enseñaba NELSON MORA, con la vigencia del Decreto 2157 de 1970, art. 3º, del 1147 de 1971 art. 17 y la norma ya transcrita, los vehículos automotores terrestres pasaron a ser bienes muebles sujetos a registro por lo que ya el embargo y secuestro de los mismos, como lo dispone el art. 681,

num. 3º. no se consuma con el secuestro, sino que primeramente debe llevarse a cabo el embargo del vehículo, inscribiendo tal embargo en la oficina de registro donde se encuentra matriculado el automotor; y una vez que obre dentro del proceso el certificado de tradición del vehículo, así como la constancia de que se encuentra embargado, es pertinente proceder a la práctica del secuestro. Consecuencia de ser un bien mueble sujeto a registro, es que de conformidad con el artículo 515 del C. de P. C. solo puede practicarse el secuestro de automotores una vez se acredite que el demandado es el propietario del mismo.

En cuanto a su campo de aplicación, consideran que no se trata de una norma de índole exclusivamente mercantil sino que regula toda suerte de negocios sobre automotores que impliquen la transferencia del dominio porque "...de acuerdo con el artículo 5º de la Ley 57 de 1.887" la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general "y son los automotores una materia específica dentro del régimen ordinario de los bienes muebles".

Así se expresa la Dra. LUZ AMPARO SERRANO G., en un artículo publicado en la REVISTA CULTURA JURIDICA No. 7, Febrero de 1983.

Los segundos, quienes distinguen el diferente tratamiento que se deberá dar a las transacciones civiles y comerciales; se encuentra entre ellos el Dr. HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO quien en la pág. 96 del tomo II de su obra "INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO", expone:

"En efecto, desde la expedición del nuevo Código de Comercio se estableció en nuestro país una dualidad en materia de tratamiento para transferencias del dominio de vehículos automotores, debido a que, por disposición de su art. 922, cuando se trata de tradición entre comerciantes, la sola entrega material no transfiere el dominio, por requerirse un registro del contrato". Concluye diciendo que "...Es ésta, repetimos, una medida cuya eficacia viene a ser particularmente discutible mientras no se varíe íntegramente el régimen legal de la propiedad de los automotores en el país unificándose su tratamiento, a fin de evitar analizar si el contrato se rige por el Código de Comercio, caso en el cual sería parcialmente operante la medida, o si se rige por el Código Civil, frente al cual poca importancia tiene ella".

Por su parte, el Dr. JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ también manifiesta sus reparos frente al contenido del artículo 922 citado; es así como en su obra "Los principales Contratos Civiles y su paralelo con los Comerciales" página 36, al referirse a la consensualidad en las ventas de vehículos automotores, destaca:

"Desafortunadamente, en nuestro medio se está presentando una errónea creencia con relación a las ventas de automóviles. Se tiene como constancia escrita de la celebración, la tarjeta de traspaso, que es un acto esencialmente administrativo y que no sirve, en el fondo, para llenar las condiciones de pruebas exigidas por la ley. Mucho más, se cree que la venta de automóviles no es perfecta sino hasta el momento en que se hace el

traspaso en la dependencia oficial correspondiente, aún cuando exista el acuerdo o convenio sobre el automóvil y el precio. Todo esto obedece a un mal entendimiento de la compraventa. Ni el traspaso sufre al escrito, ni es requisito ad solemnitatem para su perfeccionamiento. El traspaso, en sí, no es otra cosa que una exigencia administrativa para el cobro de los derechos fiscales. El contrato de compraventa de automóviles para probarlo, basta que conste por escrito, o que se someta a la suerte probatoria del artículo 232 del C. de P.C. Su perfeccionamiento no requiere de traspaso o tarjeta especial alguna. Es suficiente con el acuerdo sobre los extremos de precio y cosa para que produzca plenos efectos entre comprador y vendedor. Es eminentemente consensual. Así hay que aceptarlo mientras no se modifique el sistema contractual civil vigente".

Se muestra partidario de que se establezca sistema especial de registro de automóviles para evitar los abusos frecuentes en el comercio y que traerá beneficios extraordinarios en las operaciones relacionadas con esos bienes; aunque con la tarjeta de traspaso o propiedad se obtiene en parte ese propósito ya que constituye un medio de publicidad del contrato, lo considera imperfecto, "... porque con todo figura una persona como "propietaria", es posible que el propietario real sea otra, que no aparece en la oficina pública respectiva como tal, pero que por haber celebrado un contrato válido y perfecto se tiene como dueño si se le hizo la tradición".

Analiza a continuación el Dr. BONIVENTO el contenido del artículo 922 del Código de Comercio en su parte pertinente así:

"si bien es cierto que dicha norma habla de la tradición, hay que entender que para que se logre acoplar el concepto que le trata de imponer la ley mercantil a las ventas de automotores deben estar recogidas éstas en un documento. Sin embargo, este texto deja grandes vacíos: a qué clases de títulos se refiere, escrituras públicas o instrumentos privados? Si se trata de escrituras públicas somete esta clase de ventas a las formalidades de solemnidad que nuestro ordenamiento jurídico le impone a las ventas de bienes raíces? En cambio, si el contrato se puede elevar a documento privado está consagrando una modalidad especial de registro de documentos? También deja este interrogante: Cómo se verificará la inscripción: en oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados o en una entidad administrativa? Claro está que el mismo artículo dice que la inscripción se efectuará ante funcionario y en la forma que determinen las disposiciones legales pertinentes, dejando un margen de reglamentación, pero sin atender inmediatamente el problema ya que deja abierto el camino para la controversia. O será que le quiso derivar plenos efectos al acto de traspaso administrativo, entendiéndolo como título el documento que se presenta ante las autoridades de tránsito del país pidiendo el cambio de propietario. En verdad, la regla consagrada en el artículo 922 del Código de Comercio incluye, como consecuencia de su expresión, que la tradición o sea el modo de adquirir el dominio de los vehículos automotores, no se obtenga con la simple entrega de la cosa, sino que se requiera de la inscripción del título. De esta manera, no bastará el documento de venta ni la entrega. Deberá hacerse el registro del título para que el comprador se reputa dueño. Y la prueba de su calidad se hará, precisamente, mediante la constancia de la inscripción".

Finalmente quienes consideran que la tradición sobre automotores se efectuará como lo dispone la ley sustancial para los bienes muebles, en razón de que no existe la Oficina de Registro de Automotores a pesar de haber sido creada por el Decreto 2157 de 1970, ni existe ninguna ley que disponga que sus funciones serán ejercidas por otra entidad. Así lo expresa el Dr. HECTOR ENRIQUE QUIROGA en su obra de PROCESOS Y MEDIDAS CAUTELARES. Por su parte, el Dr. HERNANDO DEVIS ECHANDIA en su COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL, Tomo III, el Proceso Civil, Volumen I Parte General, pág. 376 enseña que la matrícula del vehículo en las oficinas de Circulación y Tránsito no es prueba de la posesión; tampoco de la propiedad, pues al tenor del art. 17 del Decreto 1147 de 1971 (que junto con el 2157 de 1970 regula esta materia) dice que el derecho que debe inscribirse se prueba con el respectivo acto, contrato o providencia judicial que le dé origen. En relación con la vigencia de las normas anteriores existe un interesante salvamento de voto del Dr. JORGE SALCEDO SEGURA a una sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA proferida dentro del proceso ordinario de Carlos Roberto Sánchez Suárez contra Fabio Elías Ramírez Pineda ventilado en el Tribunal de Manizales. Dice así el Dr. SALCEDO SEGURA:

"Discrepo de la sentencia dictada en el ordinario de la referencia en cuanto expresa que la tradición de automotores "se cumple como lo ordena el art. 922 del Código de Comercio, llenando dos requisitos: a) haciendo la entrega material y b) Inscribiendo el título (la compraventa) en las oficinas correspondientes del tránsito". Lo primero porque en principio para aplicar el referenciado artículo 922 habría que alegar y probar que el contrato de compraventa que eventualmente sirvió de título a la tradición lo fue en la órbita del Derecho comercial, cosa que no ha ocurrido, por lo cual habrá que aplicar las normas del Código Civil, que en manera alguna hablan de la tradición solemne de muebles. Lo segundo, porque aún el supuesto de que se hubiese alegado y probado por la parte demandada que el título que sirve de fuente a la tradición, que es un contrato de compraventa, fuere comercial, era entonces necesario concluir que el artículo 922 en cuanto se refiere a automotores terrestres no es aplicable, por cuanto el legislador no ha estipulado cuáles son las autoridades de Tránsito correspondientes y, aún más, en algún momento las señaló pero esas normas fueron expresamente derogadas como pasa a demostrarse".

Analiza a continuación el artículo 922 del Código de Comercio preguntándose cuál es el funcionario ante el cual se hace la inscripción del título con connotación de tradición y cuál la forma de hacer tal inscripción para que sirva de modo traslativo de dominio? En la actualidad el registro no ha sido asignado a un funcionario específico ni se ha determinado legalmente la forma de hacerlo. En el Decreto 1250 de 1970 artículos 2º, 4º, 9º y 17º se previó la inclusión en el archivo del registro de la matrícula de la propiedad de vehículos automotores terrestres, señalando las columnas de que constaba el folio. En su parecer esa obligación de registrar implicaba apenas fines meramente publicitarios y probatorios concretamente los establecidos en los artículos 43 y 44 del mismo Decreto que en su orden aluden a la falta de mérito probatorio y a la no oponibilidad frente a terceros. Posteriormente se promulgó el Decreto 1255 del mismo año 1970 en el cual se establecía que todo contrato sobre automotores terrestres debía celebrarse por escritura pública; que la tradición del dominio de automoto-

res terrestres se hacía mediante la inscripción del título en el registro de Instrumentos Públicos; se refería además al valor probatorio y a la publicidad de los documentos registrados y organizaba el registro de automotores. Las normas del Decreto 1255 subrogaron las del 1250 en materia de automotores terrestres. La vigencia del Decreto 1255 fue suspendida por el Decreto 2059 de 1970. Posteriormente tanto el Decreto 1255 del 70 como el 2059 del mismo fueron expresamente derogados por el 2157 de 1970 en su artículo 6°. Este último decreto además de derogar las normas que organizaban el registro-tradición de vehículos automotores terrestres, creó el Inventario Nacional Automotor, bajo la dependencia del Instituto Nacional del Transporte que no cumple funciones tendientes a la tradición del derecho de dominio. En su artículo 3° se lee:

"A partir de la vigencia de este Decreto, todo acto o contrato que implique tradición, disposición, aclaración, limitación, gravamen o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre vehículos automotores terrestres, para que surta efectos ante las autoridades de tránsito deberá presentarse por los interesados a la respectiva dirección de tránsito departamental, infendencial, comisarial, o del Distrito Especial de Bogotá, la cual hará la correspondiente anotación, dejará constancia de ella en el acto o contrato y dará aviso inmediato al Instituto Nacional del Transporte".

Este registro solo surte efectos ante las autoridades de tránsito para el cobro de impuestos, multas y como un principio de prueba sobre quién es el guardián jurídico del vehículo cuando quiera que con el mismo se causen daños a terceros, para servir de guía a las autoridades civiles o penales para orientar la investigación encaminada a establecer responsabilidades. Este registro permite otorgar la matrícula o licencia de tránsito, documento que en modo alguno es prueba de propiedad. El decreto ley 2157 de 1970 fue reglamentado por el 1037 de 1972; en éste se previó en su artículo 3° que "Todo acto, contrato o providencia judicial inscrito en el Inventario Nacional Automotor será oponible a terceros". Pero en modo alguno la inscripción crea derecho de propiedad ni la falta de ésta lo excluye, porque una cosa es la oponibilidad de un negocio jurídico, efecto que proviene de la relatividad de los contratos, resumida en el aforismo "res inter alios acta", y otra muy distinta el papel que cumplen los modos de adquirir la propiedad y demás derechos reales. Concluye el Dr. SALCEDO SEGURA así:

"De todo lo dicho se infiere que el "INVENTARIO NACIONAL AUTOMOTOR" jamás ha tenido función de registro de negocios jurídicos con el fin de efectuar la tradición. En consecuencia si el Código de Comercio (Decreto-ley 410 de 1971), que es norma posterior al que lo creó (Decreto 2170 de 1970), quiso referirse en el Parágrafo del artículo 922 a las hipotéticas normas que organizan la forma y el funcionario ante quienes se hace el registro-tradición, a título de "disposiciones legales pertinentes" erró, porque las normas sobre el Inventario Nacional Automotor no pertenecen a la reglamentación jurídica de los modos. Y es apenas obvio que con posterioridad al Código no se ha dictado ninguna norma pertinente que reglamente el funcionario y la forma de hacer el registro-tradición. El artículo 922 se ha quedado, pues, sin vigencia en relación con los automotores terrestres por cuanto la misma depende de la existencia de unas normas pertinentes que no aparecen en parte alguna".

CONCLUSIONES:

Como se vé, tanto la Corte y Tribunales del país como los tratadistas en la materia han asumido diversas posiciones frente al modo de adquirir el dominio de los vehículos automotores a partir de la vigencia del Código de Comercio. El artículo 922 ha traído más inconvenientes que soluciones al problema de la propiedad automotriz acarreando confusión en su interpretación. Al tratar de imponer un sistema sin la reglamentación básica para hacer efectiva su operabilidad, dejó a mitad de camino lo que pudo ser el remedio eficaz para las ventas ajenas tan numerosas hoy en día, garantizando la seguridad en las transacciones y la responsabilidad civil de los propietarios. Considero además que el citado artículo 922 se refiere solamente a la órbita mercantil y no puede predicarse respecto de toda clase de transacciones pues la legislación comercial regula las relaciones entre comerciantes o con los comerciantes. Los artículos 20, 21 y 22 indican claramente qué actos son mercantiles y el 23 precisa cuáles no lo son. No puede existir contradicción en esta materia entre ordenamientos que reglamentan actividades diferentes no pudiendo aplicarse el artículo 5 de la Ley 57 de 1887 que se halla instituido para dirimir conflictos resultantes de normas incompatibles entre sí.

La imposición del artículo 922 del Código de Comercio ha traído problemas pues hace caso omiso a la realidad imperante en nuestro país. Con mucha frecuencia quien figura en las oficinas de tránsito como propietario del vehículo ya lo ha enajenado a otro y éste a otro más, prolongándose la cadena de adquirentes sin que se informe a las oficinas correspondientes. El primer propietario se limita en ocasiones, a firmar la hoja de traspaso en blanco que va pasando de mano en mano sin que se adelanten las gestiones pertinentes; algunos tal vez para evitarse los gastos que ello reporta y los trámites engorrosos, y otros por su propia conveniencia, pues así pueden fácilmente eludir el pago de sus obligaciones al evitar ver comprometido su patrimonio. En muchos de los procesos ejecutivos de menor cuantía se busca la satisfacción del crédito con el vehículo que posee el demandado; pero esta garantía tan efectiva, por ser el bien mueble más apreciado, muchas veces se esfuma ante la utilización por parte de algunos funcionarios del artículo en comento. Al hacer su aplicación indiscriminada, si decretan el embargo del vehículo, solo ordenan su captura una vez registrada la medida siempre y cuando aparezca en cabeza del demandado la propiedad del automotor. De lo contrario levantan oficiosamente el embargo. A veces se llega hasta el colmo de que el demandado, admitiendo su calidad de poseedor, pide se cancele la medida cautelar por no figurar en Circulación como propietario del bien. Con ello los demandados poseedores y realmente propietarios de los vehículos evaden sus obligaciones quedando el demandante burlado en el pago de su acreencia.

El artículo 922 ordena para que se cumpla la tradición dos cosas: a. Inscripción del título y b. Entrega del bien. Se preguntaría entonces quién es realmente el propietario; el que figura en las oficinas de tránsito y vendió su vehículo despojándose de la posesión del mismo o quien lo adquirió, lo utiliza, usufructúa y dispone de él pero no ha efectuado el papeleo para el traspaso? Como sucede en las compraventas civiles de inmuebles, con tratamiento diferente en el régimen comercial, debería requerirse solo la

inscripción; la exigencia de los dos requisitos tiene el inconveniente de que si no se efectúa la entrega quedaría el nuevo propietario en la imposibilidad de ejercer la acción reivindicatoria ya que no se adquiriría el dominio pleno del mismo.

Urge pues la unificación en el tratamiento para las transacciones civiles y comerciales en relación con la tradición de los vehículos automotores; podría contemplarse que toda transferencia del dominio, sus limitaciones, modificación, gravámenes, medidas cautelares sobre vehículos automotores se constituyeran mediante documento privado; es decir, se pasaría de la consensualidad a la solemnidad en el perfeccionamiento de los contratos; este documento: acto, contrato o providencia judicial sería inscrito en alguna oficina diferente de las de Tránsito, con lo cual se efectuaría la tradición del bien. La entrega de la cosa vendría a ser una obligación del comprador. Las oficinas de Tránsito se limitarían a autorizar el tránsito del automotor otorgando su respectiva licencia.

Por lo pronto considero, que, ya que el artículo 922 del Código de Comercio no puede ser llevado a la práctica por los inconvenientes de orden legal anotados, toda compraventa de automotores se rige por las normas del Código Civil; artículo 1857 inciso primero para el perfeccionamiento del contrato y la tradición se lleva a cabo por la entrega de la cosa según las modalidades previstas en el 754.

El embargo, entonces, se perfeccionaría con el secuestro, no con la inscripción y para obtener el levantamiento de la medida debe el tercero probar la posesión, es decir, la tenencia de una cosa con ánimo de señor o dueño, todo de acuerdo con el trámite previsto por los artículos 686 y 687 del Código de Procedimiento Civil.

LA SOCIEDAD COMERCIAL Y SU PRUEBA

Eduardo Muñoz Serpa

Para hablar de la prueba de la Sociedad es necesario previamente ubicarnos dentro de la Institución misma Societaria y allí en el valor que tienen las diversas Instituciones que la conforman y que la legislación comercial vigente ha consagrado como necesarias para que se pueda predicar que existe la Sociedad.

Efectivamente, según lo consagrado en la Legislación Comercial vigente, para que se pueda manifestar que existe una Sociedad Legalmente constituida y que por lo tanto tiene Personalidad Jurídica distinta a la de los socios individualmente considerados, conforme lo consagra el artículo 98 del Estatuto Mercantil, es necesario que se den los elementos esenciales, los requisitos de fondo y los requisitos de forma que la Ley exige al respecto.

Los elementos esenciales que deben darse en toda Sociedad para que exista son:

- a. La obligación de cada uno de los asociados de hacer un aporte ya en dinero en efectivo, ya en bienes apreciables en dinero o en industria o trabajo;
- b. El ánimo de cada uno de los asociados de participar en las Utilidades obtenidas con el desarrollo de la empresa o actividad social; y,
- c. El ánimo de asociarse que debe tener cada uno y todos los que conforman la Sociedad.

Los dos primeros de los citados elementos esenciales los consagra — como ya se dijo— el artículo 98 del Código de Comercio y el tercero está latente en el espíritu de dicha norma y en todo el libro Segundo del mismo Estatuto.

Además de lo anterior, conforme a lo estipulado por el artículo 101 del Código de Comercio, para que la Sociedad sea válida respecto de cada uno de los asociados, deben reunirse los siguientes requisitos de fondo:

- a. Capacidad Legal;
- b. Consentimiento exento de error esencial, fuerza o dolo en cada uno de los asociados;
- c. Objeto lícito; y,
- d. Causa Lícita.

Los anteriores requisitos de fondo se pueden dividir según el interés que protegen en dos grupos conformando los dos primeros de los citados un primer grupo que busca defender el interés de cada asociado y los dos segundos otro grupo pues buscan proteger el interés de los terceros ajenos a la Sociedad. Esto arroja como consecuencia que respecto de la capacidad y el consentimiento de cada uno de los asociados pueda llegar a predicarse y decretarse la nulidad parcial del contrato de Sociedad si fuere el caso, la que afectaría a aquel asociado en quien concurra ella y los otros dos, es decir, el objeto y la causa lícitos hacen referencia a aspectos relacionados con el Orden Público y en caso de configurarse la ilicitud de uno o de otro se generaría una Nulidad Absoluta del Contrato de Sociedad siendo éste afectado en su totalidad.

Ahora bien, para que podamos hablar de que existe una Sociedad Legalmente constituida se deben además de lo expresado anteriormente llenar los requisitos de forma que la misma Ley exige para que la Sociedad llegue a adquirir automáticamente Personalidad Jurídica distinta de la de cada asociado individualmente considerado, siendo ellos:

a. La Autenticidad, que se logra al ser constituida la Sociedad por Escritura Pública corrida ante Notario de Círculo; y

b. La Publicidad, que se da mediante la inscripción de la Escritura Pública de Constitución de la Sociedad en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de su domicilio principal.

Hagamos entonces un análisis de los mencionados requisitos de forma y la importancia que tienen respecto de la Sociedad Comercial:

El que la Sociedad no se constituya por Escritura Pública (que al tenor del artículo 110 del Código de Comercio es obligatoria para que adquiera Personalidad Jurídica), según lo expresado en el artículo 498 del Código de Comercio tiene como consecuencia el que la Sociedad sea de Hecho y conforme al artículo 499 del mismo Estatuto no adquiera por ello Personalidad Jurídica, distinguiéndose de aquellas que sí se constituyen por Escritura Pública y llegan a adquirir la Personalidad Jurídica una vez sea inscrita en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de su domicilio principal al tenor del Segundo Inciso del artículo 98 del Estatuto Comercial. Por otra parte, si la Sociedad se Constituye por Escritura Pública pero no se inscribe en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio principal de sus actividades trae como sanción que la Sociedad será inoponible a terceros y al tenor del artículo 500 del Código de Comercio para efectos de la responsabilidad de los Asociados ésta se asimila a la de Hecho, siendo por consiguiente una Sociedad irregular.

Es de sumo interés anotar que el actual Código de Comercio introdujo importantes modificaciones al Régimen de Constitución de la Sociedad Mercantil en cuanto se relaciona con sus requisitos de forma y le dio enorme importancia a la inscripción de ella en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de su domicilio principal, en desarrollo de la función de Publicidad y de Saneamiento que el Registro Mercantil tiene, a punto tal que consagró para la Sociedad un Régimen Probatorio Especial, que se sa-

le de los moldes del Régimen Probatorio que consagra el Código de Procedimiento Civil, régimen especial que deriva del principio de Derecho Comercial que expresa que hay instituciones suyas que deben tener gran certeza, para que los negocios mercantiles sean posibles, como ocurre con la eficacia probatoria de los libros de comercio, con el régimen probatorio de los Títulos Valores y por ello, en el mismo orden de ideas, creó un Régimen Probatorio Especial para las Sociedades Comerciales, distinto del Régimen Probatorio General de los Contratos.

Así, la Sociedad Comercial se debe probar como lo consagra el Código de Comercio, pues además de lo expresado con anterioridad, porque el Régimen Probatorio General está en el Código de Procedimiento Civil que son los decretos 1.400 y 2.019 del 6 de agosto y 26 de octubre de 1.970, respectivamente, anteriores a esa norma especial que es el Código de Comercio que se expidió por el Decreto 410 de 27 de marzo de 1.971. Por ello, el Régimen Probatorio Especial que existe en materia de Sociedades no admite ninguna discusión Jurídica y se debe aplicar siempre conforme lo consagra el Libro Segundo del Código de Comercio, razón por la cual es equivocada la interpretación que busca probar las Sociedades por medios distintos a los indicados en el Libro mencionado de dicho cuerpo de normas.

Efectivamente, este Régimen Especial de Prueba de la Sociedad que consagró el Legislador en el artículo 117 nos habla de cómo se prueba la Sociedad y qué aspectos de la misma son susceptibles de prueba, señalando los siguientes:

a. El Contrato Social y sus cláusulas, es decir, las estipulaciones contractuales que conforman el Estatuto Social.

b. La existencia de la Sociedad Mercantil, y

c. La Representación de la Sociedad Mercantil.

Es preciso anotar que conforme al artículo 498 del Código de Comercio la existencia de la Sociedad Mercantil de Hecho se probará por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la Ley, es decir, por los medios generales de prueba que trae el Código de Procedimiento Civil, consecuencia lógica del hecho de que esta Sociedad no es una Persona Jurídica distinta de los Socios individualmente considerados, lo que nos permite confirmar la aseveración hecha con anterioridad de que el Régimen Probatorio de la Sociedad Regular Mercantil es una consecuencia de la forma como el Código de Comercio concibe y regula el mismo Registro Mercantil y como consecuencia de ello, la gran importancia dada a la inscripción de la Escritura Pública de constitución de la Sociedad en el Registro Mercantil del domicilio principal de sus actividades.

El artículo 110 del Código de Comercio a su vez señala que la Sociedad se constituirá por Escritura Pública, corrida ante Notario de Círculo, buscando con ello que las declaraciones de voluntad de los asociados adquieran autenticidad, certeza y seguridad entre los socios mismos y que sus cláusulas hagan fe entre ellos, pudiendo desde ese momento oponerse

tal Escritura Pública entre los Asociados, a punto tal que la Sociedad entre ellos se puede probar no como rezan los artículos 117 y 118 del Código de Comercio sino con copia auténtica de la Escritura Pública y aún con medios de prueba diferentes a ella que justifiquen la existencia de pactos que no se expresen en la mencionada Escritura Pública como se deduce del texto del citado artículo 118 del Estatuto Mercantil.

Así, el Legislador dotó a la Constitución de la Sociedad de la solemnidad de la Escritura Pública para darle autenticidad a los acuerdos logrados entre los asociados pero a diferencia de lo expresado en el párrafo anterior, cuando se trate de litigio, diferencia o necesidad de probar la Sociedad frente a terceros, o en litigios entre los asociados y la Sociedad desarrolló la institución de la prueba en coherencia con la función de publicidad que tiene el Registro Mercantil y por ello consagró en el artículo 111 del Código de Comercio que copia de la Escritura Social será inscrita en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde la Sociedad establezca su domicilio principal, buscando que el acto de constitución de ella tuviera la publicidad necesaria para que se pudiera oponer a terceros y una vez hecho lo anterior quedara legalmente constituida, comenzara a tener existencia plena en el mundo de los negocios y como consecuencia de lo manifestado consagró en el artículo 112 del Estatuto Mercantil que es una norma imperativa que mientras la Escritura Social no sea registrada en la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio principal de la Sociedad, será inoponible a terceros.

Del texto del mencionado artículo 112 se deduce con meridiana claridad que frente a terceros la Sociedad no se puede probar con copia de la Escritura Pública de constitución de la misma pues la oponibilidad frente a dichos terceros surge a partir del momento en que se inscribe en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, y lo confirma en el artículo 116 del Código de Comercio que consagra que las Sociedades no podrán iniciar actividades en desarrollo de la Empresa Social sin que se haga el Registro Mercantil de la Escritura de Constitución, sin que se haya obtenido permiso de funcionamiento de la Superintendencia de Sociedades (cuando se trate de Sociedades que conforme a la Ley requieran dicho permiso antes de ejercer su objeto), y en el párrafo del mismo artículo hace responsable a los administradores por los perjuicios que causen a los asociados y a terceros cuando realicen actos dispositivos, operaciones por cuenta de la Sociedad sin haber hecho el mencionado Registro Mercantil.

La importancia que se le da al Registro Mercantil en relación con la constitución de la Sociedad Comercial es de tal tenor que no solamente hace relación con la Función de Publicidad del mismo al hacerlo oponible frente a terceros a partir de su inscripción sino que también consagra el Estatuto Mercantil en su Libro Segundo la función de saneamiento de dicho Registro Mercantil al estipular en el artículo 115 que hecho en debida forma el Registro de la Escritura Social, no podrá impugnarse el contrato sino por defectos o vicios de fondo.

Con base en lo anteriormente expresado vemos que el Código de Comercio en su artículo 117 establece cuál es el único medio de prueba de la Sociedad, como se logra la prueba suficiente, completa y eficaz de la So-

iedad Mercantil, cuando consagra que es a través del Certificado que expide la Cámara de Comercio de su domicilio principal.

Efectivamente, consagra el artículo 117 del Código de Comercio que a través del Certificado expedido por la Cámara de Comercio del domicilio principal se pueden probar las cláusulas del contrato social, aspecto que a veces se presta a confusión y es motivo de equivocada interpretación de la norma pues cuando expresa esto el Código de Comercio quiere señalar que el contrato social se prueba con Certificado en el que se inserte la totalidad del clausulado pactado entre los asociados, que consta en el Estatuto Social y no con el Certificado de Existencia que no tiene lo anterior y que en él constará el número, fecha y Notaría de la Escritura de Constitución y de las Escrituras de Reforma del contrato si las hubiere, fecha y número de la providencia por la cual se concedió el permiso de funcionamiento y la constancia de que la sociedad no se halla disuelta. Este es pues el único medio de prueba válido, completo y eficaz del contenido del clausulado o estipulaciones del Contrato Social por lo que es equivocado creer que las copias de las Escrituras Públicas respectivas pueden probarlo pues ello riñe con lo expresado en el artículo 117 que ha sido restrictivo y excluye cualquier otro medio de prueba o interpretación válida posible.

Respecto de la existencia de la Sociedad que es otro aspecto de ella susceptible de probar distinto del anterior establece el ya citado artículo 117 del Código de Comercio que el único medio de prueba válido para hacerlo es el Certificado al respecto expedido por la Cámara de Comercio del domicilio principal de la Sociedad en el que se inserten el número, fecha y Notaría de la Escritura de Constitución, de las adiciones a la Escritura de Constitución y de las Reformas del Contrato si las hubiere y si fuere de aquellas Sociedades que deben pedir permiso de funcionamiento, la fecha y el número de la Providencia por la cual se concedió dicho permiso así como la constancia de que la Sociedad no se halla disuelta. Este es un Certificado que va a probar la constitución regular de la Sociedad y de que por consiguiente, como consecuencia, conforme al segundo inciso del artículo 98 del Código de Comercio, es una persona distinta de los socios individualmente considerados.

Este certificado no nos va a expresar nada en contrario ni nada más de lo manifestado, es decir, no nos prueba su clausulado sino que la Sociedad se ha constituido legalmente, no está disuelta y es susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Ahora bien, el segundo inciso del artículo 117 del Código de Comercio consagra cual es el único medio de prueba completo, eficaz y valedero de la representación de la Sociedad señalando que es el Certificado expedido por la Cámara de Comercio del domicilio principal de actividades de la Sociedad en el que conste el nombre o nombres de los representantes legales, qué facultades y limitaciones tienen dichos representantes, pues al tenor del artículo 196 del Código de Comercio, las limitaciones o restricciones de las facultades del representante o representantes que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio no serán oponibles a terceros.

Como vemos, el régimen probatorio de la Sociedad Mercantil es una

consecuencia del carácter que la ley le dio al Registro Mercantil y a su función de publicidad y cualquier intento de probar lo anterior por los medios generales de prueba de que habla el Código de Procedimiento Civil va contra el Derecho y no prueba lo que se pretende demostrar siendo por consiguiente una malograda interpretación de las normas mercantiles al respecto.

Distinto el caso de la prueba de las Sociedades Mercantiles de Hecho pues si bien en ella hay un aporte hecho por cada asociado, la intención de cada asociado de participar en las utilidades obtenidas con la empresa o actividad social y el ánimo de asociarse (siendo este último muy importante pues es lo que la diferencia de la comunidad), llenando así los elementos esenciales de toda Sociedad, teniendo también los requisitos de fondo de toda Sociedad, no se constituyó por Escritura Pública y como consecuencia de lo anterior no puede adquirir personalidad jurídica distinta de la de los socios individualmente considerados y por consiguiente al tenor del citado artículo 498 del Código de Comercio, puede probarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos por la Ley, es decir, por cualquiera de los medios probatorios señalados en el artículo 175 y demás normas complementarias del Código de Procedimiento Civil.

LEGITIMACION EXTRAORDINARIA DE LOS ACREEDORES PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION DE SIMULACION

JORGE ENRIQUE PRADILLA ARDILA

A nadie resulta extraño ver hoy en día, cómo en los estrados judiciales se dirimen intereses de la más variada índole: y en especial de aquellas personas que por negocios jurídicos como los contratos, traen al Organismo Jurisdiccional del Estado demandas cuestionando la ilegalidad, la ilicitud de tales negocios jurídicos por medio de los cuales su deudor dispone de su patrimonio el cual constituye según el Art. 2488 del C.C. la "prenda general" que garantiza los créditos de aquellos terceros.

Acudir al simulacro de un contrato parece ser el menú del día de los deudores que inescrupulosamente sacrifican su fe catalogada como óptima o buena por el Art. 1602 del código en cita, amparándose en la eventual dificultad o imposibilidad probatoria que en la mayoría de las veces se encontrará su acreedor, pues los coautores del negocio fingido procuran no dejar el mínimo de huellas o de indicios que puedan judicialmente dar al traste con su voluntad irresponsablemente comprometida en detrimento del acreedor.

A ese deudor (persona natural o jurídica) su fama, su prestigio, pasa al olvido, presentándose una verdadera crisis de valores morales los cuales ceden su paso, no gratuitamente al deseo de conservar el patrimonio económico; y no gratuitamente porque todo tiene un precio; y ese acto así ejecutado conlleva al desprestigio que será mayor si quien a él acude es un comerciante o una persona virtuosa. Su sombra siempre será cada vez más oscura en la medida en que el mayor número de personas se enteren de su "intimidad comercial" y siempre será su obligatoria compañera al punto tal de constituirse también de sus causahabientes a título universal.

Se habla de la simulación absoluta que es el mecanismo idóneo para birlar los derechos del acreedor.

Numerosas han sido las definiciones dadas tanto por la jurisprudencia como por la doctrina foránea y nacional tendientes a precisar qué debe entenderse por simulación absoluta.

De una manera gráfica los tratadistas Guillermo Ospina Fernández y "El concierto simulatorio entre los partícipes se endereza a crear la apariencia engañosa de un negocio vacío, sin contenido real, ya que en la intención de los partícipes está llamado a no producir entre ellos ninguno de los efectos jurídicos simulados.

Ejemplos típicos de esta modalidad son: el de las ventas de confianza como la que el deudor le hace a otra para disminuir sus activos patrimoniales, sustrayendo de la persecución de sus acreedores el bien o bienes materia del negocio ficticio; y el de la suposición de deudas que aumenten el pasivo y así desmejoren la posición que en el concurso de acreedores tendrían quienes lo son en verdad". (Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos Editorial Temis Bogotá 1980 Pag. 115).

Conforme con lo anterior se deduce que tres son las características que giran en torno de esta figura jurídica: a) Divergencia entre la voluntad real y su manifestación pública; b) El consilium fraudis; y c) El ánimo conjunto de engañar a los terceros o acreedores.

Revisten interés para promover la acción de simulación absoluta en primera instancia los intervinientes directos o coautores del fraude y sus causahabientes o sucesores universales quienes serán las partes en el proceso el cual versará sobre el negocio jurídico que en caso de demostrarse su simulación el fallo deberá declarar la correspondiente inexistencia, ordenándose el retorno del bien al patrimonio del disponiente o al del acervo sucesoral ilíquido; mas si el proceso sucesoral culminó deberá hacerse una partición adicional; en segundo lugar el cónyuge superstite si se trata de un bien social pero radicada la titularidad del derecho del dominio en cabeza del cónyuge defraudador y causante.

También en el evento en que el cónyuge tenga necesidad de acudir al proceso de separación de bienes, o de cuerpos, o de divorcio; y así la H. Corte Suprema de Justicia por vía jurisprudencial le ha venido reconociendo tal derecho como últimamente se puede observar en la sentencia del 4 de octubre de 1982 (Jurisprudencia y Doctrina No. 132 Tomo 11 Diciembre de 1982 pág. 1055 a 1059), al considerar que una vez promovido el proceso contra su legítimo consorte puede accionar contra éstos y el adquirente para demostrar que la enajenación del bien efectuada entre estos últimos fue simulada; porque la promoción de aquel proceso es la que le da interés serio y actual para el segundo proceso, y en este último los sujetos pasivos de la pretensión del simulación a los defraudadores quienes conformarán un litis consorcio de carácter necesario; y si fuere el caso a los subadquirentes del bien siempre que se demuestre que actuaron de mala fe, lo contrario implicaría que la sentencia estimatoria de la acción no pueda extenderse en sus efectos a los adquirentes en consideración a la relatividad de la cosa juzgada. (Res inter alios iudicata aliis neque nocere neque prudesse potest —).

En tercer lugar a los acreedores básicamente a los quirografarios es decir aquellos que no tienen amparado su derecho con una garantía real (prenda o hipoteca), simplemente están dotados de un título ejecutivo respaldado meramente con ese patrimonio general del deudor descrito en los términos del art. 2488 del C. C. C.

El aporte dado por la jurisprudencia patria al admitir a los acreedores como titulares del derecho de acción de simulación, contra los contratos de su deudor a través de los cuales distrae su patrimonio no fue más, que el justo y reconocido merecimiento a estos terceros.

En efecto la Corte Suprema de Justicia hasta mediados del año 1924 había cerrado las puertas a los terceros acreedores para que pudieran acudir a los estrados judiciales en procura de un respaldo económico de sus créditos ya colocados dentro de una imposibilidad de satisfacción.

A partir del 30 de Agosto de ese mismo año la jurisprudencia de la alta Corporación permitió a los acreedores accionar siempre y cuando el daño patrimonial que se les llegare a causar con el negocio jurídico simulado no fuese eventual y remoto sino cierto y actual. No basta pues con tener la condición de mero acreedor, desde luego adquirida antes del negocio jurídico que se pretende cuestionar, sino que también que se le llegue a causar un perjuicio concreto, preciso; según lo viene enseñando la citada corporación judicial en sentencias desde esa fecha (Gaceta Judicial Agosto 30 de 1924. Tomo XXXI. Pág. 104, Gaceta Judicial Mayo 28 de 1935 Tomo XLII, pág. 25; Gaceta Judicial de 15 de julio de 1933, Tomo XLI Pág. 459.; Gaceta Judicial 30 de Noviembre de 1935 Tomo XLIII pág. 401; Gaceta Judicial de Agosto 26 de 1936 Tomo XLVII, pág 61).

La finalidad perseguida por los terceros acreedores no puede ser otra distinta a la de obtener la declaratoria judicial de la ineficacia del contrato simulado porque precisamente los perjudica máxime cuando el deudor enajenante carece de todo otro bien que garantice el crédito de aquellos.

Pero puede ocurrir que el adquirente del bien (coautor) a su turno lo enajene o lo grave en beneficio de un tercero, caso en el cual si éste es de buena fe su derecho no se verá comprometido.

Si hubo enajenación por parte del adquirente a un tercero de mala fe el demandante deberá para que la sentencia extienda sus efectos, llamarlo al proceso y demostrar que su fe no es óptima, es decir, que conocía la existencia de aquel contrato simulado.

Pero si se constituyó el gravamen en favor de un tercero de buena fe, y se declaró simulado el contrato por medio del cual se enajenó el bien, éste debe volver al patrimonio del deudor, gravado con ese derecho real que privará respecto del crédito del demandante si éste es quirografario. Si se trata de un gravamen hipotecario el del tercer acreedor demandante, que es primero en el tiempo desde luego, habrá de tenerse en cuenta la respectiva prelación (Art. 2499 C.C., numeral 1º Art. 556 C. de P.C.).

Sin interés no hay legitimación. La Corte Suprema de Justicia en sentencia de vieja data pero aún vigente por su especial claridad con ponencia del Dr. Liborio Escallón puntualizó: "La sola calidad de acreedor no da personería a éste para entablar alguna de las acciones anteriores (se refiere a las de simulación, pauliana y de nulidad) se necesita, y se repite, el interés jurídico.

La Corte se reafirma en lo expresado en la sentencia del 26 de Agosto de 1938, que cita el recurrente y por eso reproduce el siguiente concepto de dicho fallo: "no es cualquier acreedor el que tiene derecho a ejercitar la acción que se viene estudiando, que no está condicionada a un concepto eventual, sino que para que prospere, el interés jurídico debe ser actual, o

sea que se debe tratar de un interés protegido por la ley, que es burlado o desconocido por la colusión entre el deudor y el tercero. Y al hablar de intereses protegidos por la Ley, deben entenderse no solamente aquellos concretados en derechos exigibles, como sería una deuda de plazo vencido sino también aquellos constituídos por derechos claros y concretos aún cuando no sean actualmente exigibles, como sería una deuda cuyo plazo no se hubiera vencido”.

No está por demás advertir que la ley protege y ampara a los terceros de buena fe, porque de otro modo el comercio y las relaciones contractuales serían imposibles; de ahí disposiciones como las de los Arts. 947, 1547, 1548 y 1643 del C.C..

Quien se presente pues ejercitando una acción de nulidad, la pauliana o la de simulación, invocando su carácter de acreedor, por una obligación de dar, hacer o pagar o no hacer, debe demostrar, primero la existencia plena de ese carácter, aun cuando el crédito no sea de plazo vencido, y segundo establecer, también plenamente que el acto acusado lo perjudica, por cuanto en virtud de él queda en incapacidad para hacer efectivo su derecho, por no poseer el obligado otros bienes”. (Gaceta Judicial XLIX Bogotá Enero a Marzo de 1940 Nos. 1953 y 1954. Pág 71).

Por su lado la doctrina nacional a través de los tratadistas ya enunciados trae el siguiente comentario adicional: “Las simples expectativas y los derechos inciertos, como la expectativa que tiene el asignatario forzoso en vida de su causante, o el derecho del acreedor condicional, o la expectativa del pretendiente a cosa cuya propiedad se litiga, etc, no habilitan para impugnar la simulación. Por el contrario, si el derecho es actual y cierto, como el que tiene el acreedor a plazo vencido o no, si da lugar al ejercicio de la acción, porque el plazo pendiente, a diferencia de la condición, no afectan la existencia del derecho, sino que difiere, su exigibilidad. Mas la sola existencia del derecho invocado por el actor no es bastante para estructurar su interés en obtener la declaración de simulación; además es necesario que ese derecho resulte ciertamente afectado por la situación creada por aquella. Así, no basta ser acreedor del cediente vendedor en la compra venta de confianza, sino que además, es indispensable el crédito invocado no pueda ser satisfecho a causa del desplazamiento patrimonial ficticio. Si el deudor y supuesto vendedor conservan bienes suficientes para el pago del crédito de que se trata, mal puede alegar el acreedor que la simulación perjudique su derecho”. (Ob Cit. Págs. 138 y 139).

Con tratamiento especial se permite al síndico y a la junta asesora en el proceso de quiebra intentar la acción de simulación en beneficio de los acreedores que concurrieron a ese proceso concursal (Arts. 1968, 1970 y 1972 C. Co.).

Excepcionalmente puede ocurrir que el deudor tenga bienes suficientes pero que se encuentre vinculado con el acreedor a través de un contrato de promesa de compra-venta en los términos del Art. 1611 del C. C. que fue modificado por el Art. 89 de la Ley 153 de 1887, y que genera una obligación recíproca de hacer: suscribir escritura pública cuando se trate de un bien raíz y que a la postre daría lugar al ejercicio de una acción ejecutiva en los términos del Art. 501 del C. de P.C.

Si ese deudor simula un contrato de venta para sustraerse al cumplimiento de la promesa de contrato y el acreedor solo está interesado en el contrato materia de la promesa, estimamos que si cumple por su parte las obligaciones derivadas de la promesa, y se encuentra con que el promitente vendedor enajenó a un tercero ese bien, el acreedor goza de un derecho cierto y actual que ha sido lesionado o desconocido por el deudor, puede accionar por vía de la simulación absoluta, no obstante que el deudor tenga otros bienes suficientes, porque al fin y al cabo el único bien que le interesa es el que fue materia del contrato prometido. No debemos olvidar que a tenor del Art. 1602 del C.C. todo contrato legalmente celebrado se convierte en ley para los intervinientes, de quienes se presume la buena fe. Demostrada por el acreedor la simulación del contrato de venta el bien retorna al patrimonio del deudor y el acreedor puede exigir el cumplimiento de esa promesa por permitírsele el legislador en utilización del Art. 1546 del C.C.

Finalmente, vale la pena establecer que la acción de simulación es distinta de la acción pauliana aun cuando ambos mecanismos de que están dotados los acreedores del deudor sirvan para reintegrar el patrimonio de éste. Así la de simulación absoluta se encamina a aniquilar los efectos jurídicos del contrato fingido, la acción pauliana tiene por objeto revocar o rescindir un contrato cierto, normal pero con el cual se ha cometido fraude a los acreedores; y a diferencia de aquella acción (la desimulación absoluta) que por su esencia no lo permite, ésta puede obtener la invalidación parcial del contrato de adquisición onerosa por un tercero ya que esta acción es eminentemente indemnizatoria.

DE LAS DONACIONES

— SALA CIVIL —

MAGISTRADO PONENTE: DR. JORGE A. CASTILLO R.

Bucaramanga, Julio 15/87

(Proyecto discutido y aprobado en sesión de la Sala del 19 de junio de 1987)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por las partes trabadas en la presente litis contra la sentencia del 8 de Noviembre de 1986, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de la ciudad, en el proceso ordinario instaurado por MARILU GRIMALDOS DE AHUMEDO frente a ESTHER CASTILLO MONSALVE, ADALBERTO y CLAUDIA REY CASTILLO.

I. ANTECEDENTES

1.— Mediante escrito que fuera presentado el 21 de Septiembre de 1984, repartido al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de la ciudad, la mentada MARILU GRIMALDOS DE AHUMEDO, por intermedio de apoderado judicial, demandó a ESTHER CASTILLO MONSALVE a ADALBERTO REY CASTILLO y a CLAUDIA REY CASTILLO para que, previos, los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía, se declare que es relativamente simulado el contrato celebrado entre la demandante y los demandados, haciéndose prevalecer el acto oculto de la donación sobre el aparente de la compra-venta; que acogida la anterior pretensión, se declare que es absolutamente nulo, por objeto ilícito, el contrato de donación celebrado entre demandante y demandados, contenido en la escritura pública No. 4844 del 26 de Diciembre de 1980; que, aceptado lo anterior, se declare que la demandante, en su condición de hija natural de Néstor Grimaldos Gómez, es su única heredera con derecho a sucederle en todos sus bienes los que le deberán ser adjudicados; que se condene a cada uno de los demandados a restituir a la demandante la parte de la herencia antes adjudicada, con todos sus aumentos, productos y frutos, así como los bienes destinados para cubrirlas, y que se ordene inscribir la providencia respectiva en el lugar donde lo ordena la ley.

2.— Como peticiones subsidiarias se solicitaron las siguientes: a) que se declare resuelto, por incumplimiento de los demandados, el contrato de compraventa de derechos herenciales celebrado entre demandante y demandados, contenida en la escritura No. 4844 del 26 de Diciembre de 1980; que, acogida la anterior pretensión, se declare que la demandante, en su

condición de hija natural de Grimaldos Gómez, es su única heredera por lo que le sucederá en todos sus bienes adjudicándoseles en su totalidad; que se condene a los demandados a restituir a la demandante, cada uno, la tercera parte de la herencia antes adjudicada, cuotas ocupadas por ellos, con todos sus aumentos, productos y frutos así como la posesión material de los bienes con que se cancelaron dichas cuotas y que se ordene inscribir la providencia respectiva en la oficina señalada por la ley.

b) En subsidio de las anteriores, que se declare rescindido el contrato de venta de derechos herenciales celebrados entre la demandante y los demandados, contenido en la escritura pública No. 4844 del 26 de Diciembre de 1980; que como consecuencia, deben volver las cosas sobre que versa dicha compra-venta, al estado que tenían antes del otorgamiento de la escritura pública citada, quedando ésta sin efecto y su registro cancelado; que por lo tanto, la demandante es la única heredera del difunto Grimaldos Gómez con derecho a sucederle en la totalidad de sus bienes, debiéndosele adjudicar la totalidad de los bienes relacionados en el libelo. Solicitó también la orden, frente a la prosperidad de cualquiera de las pretensiones, de cancelar los registros de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones del dominio de los bienes herenciales así adquiridos y que se hayan efectuado después de la inscripción de la presente demanda; y en fin, que se condene en costas a los demandados.

2.— En su libelo demandatorio, la actora señaló como hechos constitutivos de la causa petendi, los que a continuación resume la Sala así: que el 26 de Diciembre de 1980 Marilú Grimaldos de Ahumedo suscribió la escritura pública No. 4844 en la Notaría Tercera de Bucaramanga; que allí dijo transferir, a título de venta, a los demandados las tres cuartas partes de los derechos herenciales que le correspondían a Grimaldos de Ahumedo; que entre las partes no hubo intención de pagar ni de recibir suma alguna de dinero; que aunque en la escritura se alude a unas letras como pago por la suma de \$ 750.000 sin embargo, aquellas no le fueron entregadas a la demandante ni menos canceladas; que el precio así acordado es inferior a la mitad del precio del inmueble para la época en que se efectuó la negociación; que lo que se quiso hacer fue una donación la que es nula por no haber sido insinuada; que los demandados se encuentran en posesión de los objetos que fueron entregados como culminación de la negociación, al igual que los frutos percibidos; que los demandados, para el momento de la referida negociación eran todos insolventes y sin medios para desarrollar ninguna actividad lucrativa; que los demandados retiraron los dineros depositados en los bancos a nombre de Néstor Grimaldos y que la demandante tiene derecho para efectuar las peticiones precedentes.

3.— Admitida que fue la demanda y notificados personalmente a los demandados del auto admisorio, se les corrió a éstos el traslado ordenado por la ley por lo que dentro del término contestaron la demanda manifestando frontal oposición a las declaraciones y condenas solicitadas. De otro lado, los demandados presentaron demanda de reconvencción encaminada principalmente a que si llegase a ser próspera la pretensión de simulación los bienes objeto de la demanda fueron devueltos a la persona jurídica sociedad "Rey Castillo S. en C."

4.— De la contrademanda se dio igualmente traslado a la demandante quien procedió a responderla, oponiéndose a las pretensiones albergadas en su seno.

5.— El Juez a-quo rituó el proceso en la forma señalada por la ley, cerrando la instancia con sentencia calendada el 8 de Noviembre de 1986 mediante la cual negó las pretensiones de la demanda, condenando, por tanto, en costas a la parte demandante.

6.— Inconforme con lo así resuelto tanto la parte demandante como la demandada interpusieron recurso de apelación el que, concedido, trajo el proceso al conocimiento de este Tribunal de Justicia, el que procede a desatar la alzada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La teoría de la simulación se ha venido gestando a partir de 1936 con fundamento en la interpretación científica que la jurisprudencia de la Corte le ha imprimido al art. 1766 del C. Civil; para el día de hoy se tiene plenamente deslindada la acción de nulidad absoluta del negocio jurídico que encerraba el acto simulado, labor que conllevó toda una serie de ingentes esfuerzos, períodos de vacilaciones y de no pocos planteamientos contradictorios en cuanto a su alcance y naturaleza mismos.

En lo que respecta a su prueba, conocida es la reforma que trajo consigo el C. de P. Civil. En efecto, en el estatuto procedimental que en la actualidad rige en Colombia, a diferencia de lo que ocurrió en el Código Judicial, el principio de la tarifa legal probatorio cedió el paso al sistema de la persuasión racional, en desarrollo del cual le corresponde al Juez sopesar razonadamente el mérito del haz probatorio, sin que se vea costreñido al respecto por reglas generales preestablecidas por el legislador.

Es el art. 187 del C. de P. Civil el que señala, como principio general, la obligación que tiene el Juzgador de apreciar en conjunto las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio, claro está, de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos o contratos. Lo anterior no puede servir como base para predicar con validez que la ley adjetiva levantó la prohibición de la prueba testimonial por causa de la naturaleza solemne del acto jurídico; cualquier duda que al respecto se presente se verá disipada con la mera lectura del art. 232 ibídem.

“Sin embargo, como dice la jurisprudencia de la H. Corte, y por tratarse en tales supuestos de circunstancias que ordinariamente no constan por escrito, el testimonio es hoy idóneo como también lo fue antes, para probar ciertos hechos relacionados con el contrato solemne”, y como en concordancia con lo dicho, las pruebas deben ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, forzoso es aceptar que en la actualidad “desaparecieron las restricciones que a la conducencia de la prueba testimonial establecía la legislación anterior en lo referente al valor de la obligación por probar...” (C. S. de J., Sent. 19-V-75).

Esta libertad probatoria que, sin duda alguna, implicó un jalón de

progreso en relación con el sistema de demostración en forma plena y completa según la ley, adquiere perfiles ciertamente especiales cuando del fenómeno simulatorio se trata en razón a que es en tales negociaciones cuando los contratantes son especialmente sigilosos, diríase cautos, en su proceder, tratando de esquivar o de borrar toda huella que ponga al descubierto su pristina intención o querer al contratar. “Porque, volviendo a la doctrina de la Corte, como en la concertación de un acto simulado generalmente las partes persiguen soslayar la ley o los derechos de terceros, los simulantes preparan el terreno y conciben urdirlo dentro del marco de la más severa cautela sin dejar trazo de su insinceridad. De suerte que enseñoree para tal efecto la astucia, el ardid, la conducta amañada y soterrada” (Cas. 26-111-1985).

En la especie de este litigio se observa que quien alega la simulación de la negociación a que alude la demanda, es la misma que aparece vendiendo parte de las cuotas hereditarias que en la sucesión de Néstor Grimaldos Gómez le pudiera corresponder; que todas las pruebas aportadas al proceso, como más adelante se analizará, apuntan ciertamente a demostrar que la demandante no tuvo intención de vender ni los compradores de adquirir a título oneroso, parte alguna de la herencia que, como hija extramatrimonial, le correspondía en la sucesión de su difunto padre; que simplemente quiso dar cumplimiento a lo que, al parecer, fue la última voluntad de aquel, esto es, dividir en porciones iguales su patrimonio entre quien, por una parte, fue su compañera y, por el otro, entre quienes tuvo y trató como a hijos. Las probanzas que obran en el expediente a este respecto, no dejan duda alguna; más aún, así lo confesó, en forma cuasi-expresa, la parte demandada al relatar pormenorizadamente todas las negociaciones que sirvieron de antesala a la operación que posteriormente fuere tachada de simulada.

La anterior constatación se desprende de la lectura de las escrituras públicas Nos. 462 y 1102 del 17 de Abril y 5 de Agosto de 1976 respectivamente, visible a los folios 23 y ss. del Cdno. N° 1 y 41 y ss. ibídem.

Las afirmaciones al respecto de los interesados no pueden ser más claras; así, el demandado Adalberto Rey Castillo no duda en afirmar a los folios 1 vto. y 2 del cuaderno de pruebas de la parte demandante, lo siguiente: “cuando ya se presentó la enfermedad grave, él (Grimaldos Gómez), acudió con todos nosotros, mi mamá, Marilú, Claudia y yo a donde el Dr. Luis Enrique Galán Gómez y le expuso la voluntad de él que era distribuir sus bienes para todos los cuatro por partes iguales; entonces se hizo una escritura de una sociedad en comandita y esta escritura tenía una cláusula que al momento de su muerte se transformara la sociedad en comandita en sociedad colectiva, cosa que se hizo así, pero luego esta escritura no fue aceptada en la Cámara de Comercio, entonces se hizo una sucesión...” (subrayó el Tribunal). Esta declaración la reitera a los folios 3 y 57 de los cuadernos 5 y 1 respectivamente.

La anterior manifestación aparece especialmente corroborada con la versión que trajo el Dr. Galán Gómez cuando afirmó a los folios 15 y 15 vto. del cdno. de pruebas de la parte demandada, lo que se transcribe de inmediato: “Preguntado: Conoce usted... a los señores Marilú Grimaldos de

Ahumedo, Adalberto Rey Castillo, Esther Castillo Monsalve y Claudia Rey Castillo... ¿Contestó: Hace años estuvieron en mi oficina todas y cada una de las personas a que se refiere la pregunta en compañía de un señor que si mal no recuerdo era de apellido Grimaldos, para hacerme una consulta en el sentido de buscar la manera sin pagar impuesto de donación entre vivos de pasarles inmuebles de propiedad de Grimaldos a los tres hijos de uno de ellos que es conductor, y de que la fórmula para lograr ese efecto jurídico, sin dolo, era constituir una sociedad en comandita y si no estoy mal presté el servicio hasta otorgar la escritura de constitución de tal sociedad... la intención clara en mi oficina que capté en Grimaldos era su intención consciente y libre de traspasarle a estos tres señores, no sé si por gratitud, por amistad, o por generosidad sus bienes..." (Subrayó la Sala).

Por su parte Esther Castillo Monsalve al folio 6 de Cdn. de pruebas de la parte demandante, dijo: "ellos (Marilú, Adalberto y Claudia), son todos hermanos y yo soy la mamá de los tres. Ella (Marilú) inició el proceso porque eso nos corresponde a los cuatro... Eso nos pertenece... don Néstor Grimaldos nos dejó a todos igualito, fuimos a donde un abogado y allá firmó y fuimos todos cuatro y firmamos, pero ahora después de muerto él, ella nos quiere quitar.. El (Néstor) dijo que era para todos iguales (las subrayas no son del texto).

Las declaraciones de los demandados también son coincidentes con las de los testigos: véase por ejemplo la de Plutarco Rey cuando al folio 7 del Cdn. de pruebas de la parte demandada, expuso: "Ya en la hora grave de su enfermedad se me consultó personalmente don Néstor que él quería hacer un arreglo en alguna forma con algún abogado, hacer alguna escritura en forma de que quedara legalmente constituida una escritura en cuatro partes iguales de lo que él pudiera dejar después de su muerte. Que esas cuatro partes iguales serían para Esther Castillo Monsalve, Marilú Grimaldos de Ahumedo, Adalberto Rey Castillo y Claudia Armida Rey Castillo. Fue entonces cuando procedí de inmediato... fuimos, hicimos la consulta con el Dr. Luis Enrique Galán Gómez... se hizo la primera minuta con palabras textuales de Néstor Grimaldos Gómez quien tomó la palabra y le comunicó al Doctor Galán Gómez que su voluntad, que su propia voluntad era que le hiciera el favor de hacerle una cosa muy bien hecha para esas cuatro personas que quedarán cuatro partes iguales de los bienes que él tenía... fue entonces cuando el doctor Harker aconsejó la vía más viable a las cuatro partes que estaban de común acuerdo para lo que fuera necesario hacer a partir de ese momento. Fue entonces cuando vino la nueva escritura de la venta que le hiciera Marilú Grimaldos de Ahumedo de las tres cuartas partes de acciones..."

De otro lado, el señor apoderado de los demandados corrobora los anteriores dichos cuando en demanda de reconvenición dijo así: en esta circunstancia quiso Néstor Grimaldos arreglar sus cosas y ocurrió a la oficina del conocido abogado Dr. Luis Enrique Galán Gómez, quien le aconsejó constituir una sociedad... en que Grimaldos sería el único socio comanditario y como socios gestores aparecerían, en igualdad de condiciones, Esther Castillo Monsalve y sus hijos... La nueva sociedad se constituyó por la escritura pública número 462... en la cual se estipula expresamente que "si ocurriera la muerte (la de Grimaldos) teniendo existencia la sociedad, todos sus derechos e interés social pasaran por partes iguales a los socios

gestores". También se estableció que si "falleciere el socio comanditario pasara (la comandita) a transformarse en colectiva con las modificaciones que por mayoría acordaren los gestores actuales".

"10.— La muerte previsible de Néstor Grimaldos ocurrió... y entonces los socios Gestores dueños por partes iguales del patrimonio social de Néstor Grimaldos, representado en un inmueble y créditos varios, procedieron obedientes a constituir la sociedad colectiva aportando en ella los mismos bienes..."

"11.— La constitución de la nueva sociedad... dejó vivos los mismos aportes en inmuebles y créditos de los socios en la sociedad comandita... Empero, la circunstancia creada por el no registro de la sociedad colectiva en la Cámara de Comercio... determinó a los socios buscar otra vía que solucionara el problema, como sería declarar extinguidas las dos sociedades anteriores para adjudicar en su lugar todos los bienes derechos y acciones del patrimonio social transferidos al patrimonio sucesoral de Néstor Grimaldos, representados aparentemente por su única hija legítima Marilú Grimaldos de Ahumedo, quien debería luego, traspasar a título real de compraventa a los otros socios los derechos que éstos tenían en las sociedades disueltas, mediante un precio convencionalmente acordado, no con sentido comercial estricto.

"12.— La operación así proyectada no implicaba, ni mucho menos la transferencia gratuita de los derechos correspondientes a los demandados Castillo Monsalve y Rey Castillo, porque se cae de su peso, es obvio y elemental que ellos no iban a renunciar así no más a derechos legítimamente adquiridos de la voluntad soberana de Néstor Grimaldos y que el otorgamiento de la escritura de disolución de las sociedades llevaba en su vientre el otorgamiento de una segunda escritura por lo cual Marilú Grimaldos de Ahumedo debería traspasar a su madre y hermanos, por partes iguales, las cuotas partes que en derecho les correspondían.

"13.— Existió, pues, un pacto entre todos los interesados de este proceso, que vincula y enlaza indisolublemente las dos escrituras, la de disolución y extinción de las sociedades como la transferencia de derechos de Marilú Grimaldos de Ahumedo a los demandados, de tal suerte que la simulación que pudiera afectar la segunda escritura arrastraría también la de la primera, por ser negocios que guardan una inter-relación inexorable..."— Fls. 54 y ss., Cdn. No. 2.—

Los indicios que, como prueba indirecta, emergen en forma plural, grave, concatenada y concordante llevan, in limine, a la plena convicción de que la compra-venta de los derechos y acciones de que da cuenta la escritura pública número 4844 del 26 de Diciembre de 1980, corrida en la Notaría Tercera del Círculo de Bucaramanga, es ciertamente simulada.

Es de rigor que la Sala entre a analizar los indicios encontrados debidamente probados, a fin de constatar, con plena suficiencia, el acerto anterior desechando, claro está, toda posibilidad de arribar a conclusiones arbitrarias.

a.— La causa de la simulación: Fluye de las afirmaciones de los testigos, pero por sobre todo del relato de los hechos traídos a estrados por los mismos demandados, tal como ya quedó observado, que Marilú Grimaldos de Ahumado, debía dar cumplimiento a la voluntad de su finado padre, traspasando las cuotas correspondientes a su madre y hermanos por lo que ante el fracaso de las negociaciones anteriores, intentos de asociarse en una y otra forma, debió acudir a la especie de la compraventa de derechos y acciones que no a la de donación, al parecer, por razones de orden tributario.

b.— La relación parental entre los simulantes: Ya se observó cómo la negociación simulada se efectuó entre personas unidas por estrechos vínculos parentales de sangre; madre, hija, hermanos, como que al fin y al cabo, tal como se lee en los alegatos de la parte demandada, se trataba de distribuir la herencia entre los miembros de quienes de hecho, se constituyeron en familia del causante. Esta relación de consanguinidad aparece plenamente probada, alegada y confesada por quienes son parte dentro de este proceso por lo que, sobre aspecto tal, no insistirá la Sala.

c.— La incapacidad económica de los adquirentes: Un indicio especialmente grave en estas cuestiones simulatorias es el que tiene que ver con la insolvencia o incapacidad patrimonial de quienes se afirma han adquirido un bien a título oneroso. Ciertamente para el caso de que aquí se trata, la parte demandada no demostró haber estado en condiciones pecuniarias aptas para pagar el precio de lo que se dice adquirido por la época de la negociación, como tampoco posteriormente. Así, en cuanto a la demandada CLAUDIA REY CASTILLO, hermana de la demandante, dijo haber sido primero estudiante y luego empleada sin que sus entradas dinerarias le permitieran hacer una erogación de la magnitud referida en el documento público impugnado. Lo anterior se deduce de su propia declaración rendida a los folios 53-54 del cuaderno principal.

En lo atinente a ESTHER CASTILLO MONSALVE, madre de la demandante, tampoco demostró que su capacidad económica le hubiese permitido comprar la parte de los derechos hereditarios correspondientes a su hija Marilú Grimaldos de Ahumado pues, al decir de los testigos, aquella siempre se ocupó en labores domésticas, sin que hubiese tenido un empleo conocido o entradas económicas fijas que le permitieran haber efectuado el pago en las condiciones referidas en la escritura a que varias veces se ha hecho mención -Fls. 3 y 4, cdno. de pruebas de la parte demandada.

En lo que respecta a ADALBERTO REY CASTILLO debe tenerse en cuenta que la negociación de que aquí se trata, se realizó en 1980 época en la cual aquel era tan solo un estudiante de ingeniería, sin que para ese momento ni posteriormente, hubiese tenido solvencia económica o entradas patrimoniales que no fueran las de su padrastro a quien, al parecer, sirvió con devoción, recibiendo en contraprestación la crianza, la educación y su propio establecimiento. — Fls. 56 y ss. Cdno. No. 1—.

No puede decirse, como se pretendió hacerlo, que el dinero con que se pagó el precio que se dijo fue acordado por la negociación, salió de la misma herencia, porque, entonces, se pregunta la Sala: Qué fue lo que en rea-

lidad se dijo vender y qué lo que en verdad se dijo adquirir a título de compraventa?

d.— El precio exiguo, bajo o vil: De acuerdo con el texto de la escritura pública No. 4844 de 1980, la demandante se desprendió de casi toda su herencia, las tres cuartas partes, compuestas por dineros —seiscientos mil pesos—, y por un inmueble cuyo avalúo pericial alcanzó la suma de \$ 3.700.000.00, todo por un valor de \$ 750.000.00 por lo que le correspondía pagar a cada contratante comprador la suma de \$ 250.000.00; esto lleva a pensar que no existe, ni de lejos, conmutatividad alguna entre lo entregado y el valor que se dice pagado.

No podría redargüirse "que el acto o contrato sobre el cual versa el litigio no es uno de compraventa simple de un inmueble, cuyo valor real pudiera ser materia de peritación, sino un contrato de naturaleza jurídica distinto y específico, como es la cesión de derechos en abstracto". Fl. 39, Cdno. 2a. instancia, porque, si bien es cierto que se trató de una venta de derechos y acciones, especie del género "cesión de derechos en general" y que no fueron especificados los efectos de que se componía el derecho vendido, no lo es menos que tanto cedente como cesionario conocían a cabalidad la composición de la masa de bienes del causante como que al fin y al cabo se hallaban en posesión de la misma, aún desde antes de producirse el deceso de Néstor Grimaldo Gómez. Esta convicción se hace inmovible cuando se lee la declaración de la demandada Claudia Rey Castillo: "PREGUNTADA: Recuerda Usted exactamente sobre qué bienes versó la negociación (a la que se refiere la escritura No. 4844?). CONTESTO: Sobre la casa donde vivimos y la negociación se hizo fue por esa, para vendernos las partes de los otros. Las partes de la casa. O sea los derechos de acción". Fl. 5 vto., Cdno. No. 5.

Así, pues, el *universum jus defuncti* se encontraba concretizado y objetivado en forma por demás clara: unos créditos cuyo valor ascendía a la suma de \$ 600.000.00 y un inmueble cuyo precio se tasó pericialmente en la suma de \$ 3.700.000.00; así lo afirman los demandados y lo corroboran los testigos. Aparte de ese aspecto técnico-jurídico el que ciertamente es indiscutible, no hay duda que el indicio analizado suministra un gran veneno de convicción sobre la verdadera naturaleza de la negociación.

e. La ilogicidad de la negociación: Ahora bien, cabe preguntar por el móvil o motivo, causa teleológica, que indujo a Marilú Grimaldos de Ahumado a contratar en la forma referida, cuando parte de la herencia se constituía en dinero en efectivo representado en hipoteca.

La demandante vende las tres cuartas partes de su herencia, cuyo proceso de sucesión, entre otras cosas, no presentaba, como no presentó, problema alguno por tratarse de única heredera. Ciertamente quien así decía vender, no recibía ventaja alguna en el orden estrictamente patrimonial, luego dicha negociación carece de toda explicación lógica a no ser la de darle cabal cumplimiento a la última voluntad del causante en cuanto a la destinación final de sus bienes.

De otro lado, no aparece la necesidad manifiesta, por parte de la de-

mandante, de desprenderse de los bienes herenciales pues si era cuestión de iliquidez le bastaba con hacer efectivas las hipotecas de que da cuenta la escritura de venta, sin necesidad de enajenar el único inmueble o parte de él, que le llegaba vía herencia.

f. La falta de pago: Otra circunstancia de particular gravedad es la de que ante la negación indefinida de la demandante: no haber recibido las letras de cambio a que se refiere la escritura, cómo tampoco su cancelación en dinero en efectivo ni en ninguna otra forma, la parte demandada no se apersonó de la prueba respectiva cuando en realidad de verdad, invertido el onus probandi, era a ésta a quien le correspondía demostrar que las letras que se dicen fueron giradas para respaldar el pago de la negociación referida, sí lo fueron en realidad y no como simple formalismo para desvirtuar la presunción de donación ante la Administración de Impuestos Nacionales y que aquellas sí le fueron entregadas a la demandante; pero por sobre todo, que el valor de las letras fueron saldadas a Marilú Grimaldos de Ahumado. Las pruebas aportadas por la parte interesada, callan al respecto lo que induce a pensar con base segura, que efectivamente el pago no se realizó porque no hubo intención de hacerlo, y que los títulos fueron destruidos sin que previamente pasaran por las manos de Marilú Grimaldos. Por lo menos debió demostrarse de alguna manera, que en la elaboración de las susodichas letras existió la intención real y cierta de respaldar con ellas el pago, pues en circunstancia tal, toda idea de simulación hubiera caído estrepitosamente. Pero no ocurrió así: las manifestaciones del señor apoderado de los demandados solo están afirmando que existieron y que fueron destruidas por su propia mano pero no más. Sin embargo, el interrogante sigue abierto: con qué intención se elaboraron dichos títulos? Se probó sí, que las letras de cambio aludidas se hicieron valer ante la Administración de Impuestos Nacionales sin que lo esencial hubiese aparecido demostrado en manera alguna, como tampoco el rastro de su paso por las manos de la demandante si fue que en realidad pasaron por allí.

Son significativas las contradicciones en que incurrían los demandados en cuanto a la forma como se hizo el supuesto pago y en cuanto a la persona que lo efectuó. Así Claudia Rey Castillo, al interrogársele sobre cómo obtuvo los \$ 250.000.00 con que afirma haber cancelado su parte, dijo: "porque yo trabajaba haciendo trabajos de mecanografía, me rebusco mucho para conseguir mi platica y peino y hago manicure a los señores y de eso también gano plata y otras veces mi papá me da plata...". —Fl. 54, Cdno. No. 1. Posteriormente al folio 5 vto. del cuaderno No. 5 ante la pregunta "podría Ud., decirnos quién recibió ese dinero (\$ 250.000.00), y de manos de quién? Contestó: Ese dinero lo recibió Marilú Grimaldos de manos de mi hermano Adalberto Rey ya que él era el que se encargaba de todo lo de la casa y era él el que más se entendía todo (sic)". Sin embargo, en la primera declaración había sostenido que el precio lo había pagado en forma personal y en dinero en efectivo: "sí la cancelé (la suma de dinero)... El sitio no lo recuerdo y la pagué en dinero efectivo...".

De la misma naturaleza es la contradicción en que incurrió también la demandada Esther Castillo Monsalve cuando no obstante haber afirmado en declaración extrajudicial haber obtenido la plata para entregársela al hijo para que pagara,

manifiesta después que los dineros los pagó Adalberto Rey Castillo. Con qué dinero?. Con el obtenido de las hipotecas del causante, es decir, con los mismos bienes de Marilú Grimaldos de Ahumado (FL. 54 vto. Cdno. No. 1 y 6 vto. Cdno. No. 5).

Todo lo anterior lleva a la firme conclusión de que en efecto, el precio acordado en el contrato fue simulado por lo que los demandados no tuvieron la intención de cancelarlo, ni la demandante de exigir su cumplimiento. Ciertamente las gestiones de tipo administrativo, encaminadas a desvirtuar la presunción de donación que establece la ley, se cumplieron ante el Ministerio de Hacienda puesto que ello era conditio sine qua non para correrse cualquier tipo de escritura referida a la compraventa de bienes inmuebles, entre personas unidas por vínculos parentales dentro de los términos que señala la ley.

Téngase en cuenta que en la escritura de venta no se hizo constar el pago de la obligación sino tan solo la entrega de las letras cuyo recibo fue infirmado por la parte demandante, sin que su negación indefinida hubiese sido controvertida en forma válida y oportuna.

Fuera de los indicios aludidos encuentra la sala la existencia de otros, con fundamento en los testimonios que obran en el expediente, que por no menos importantes pueden pasarse por alto. Así por ejemplo, el hecho cierto de que los bienes de la herencia, en especial el inmueble, desde antes estuvieron en cabeza de los demandados en quienes se palpa el sentido de lo propio frente a aquellos. Esto mismo lo corrobora el señor apoderado judicial, cuando dijo: "... es obvio y elemental que ellos (Adalberto, Claudia y Esther), no iban a renunciar así no más a derechos legítimamente adquiridos de la voluntad soberana de Nestor Grimaldos...".

—Fl. 55 in fine, Cdno. No. 2—; ello no es más que el sentimiento de los demandados recogidos y plasmados en los alegatos presentados por su apoderado judicial. Mírese, si no, la declaración de Adalberto Rey Castillo cuando al folio 3 del cuaderno número 5 dijo: "... Nosotros siempre nos consideramos titulares de nuestra parte, así también consideramos titular de la cuota parte a Marilú". Es curioso por decir lo menos, el hecho de que la parte demandada siempre defirió el presente problema no tanto a la compraventa tachada de simulada como sí al reparto de los bienes de Nestor Grimaldos lo que se observa como una perenne preocupación. En efecto, la declaración del demandado Adalberto Rey Castillo, visible al Fl. 1 vto. Cdno. No. 5, es al respecto categórica: "este proceso empezó porque Marilú nos puso una demanda... y este pleito empezó a raíz del reparto de los bienes de mi papá Nestor".

Las circunstancias de no haberse pagado el precio en el plazo acordado en el contrato; las facilidades del pago; la renuncia a la acción resolutoria por falta de pago, acordada en la escritura que se dice simulada; la posesión de los bienes sucesoriales en cabeza de los demandados antes y después de efectuada la negociación; el descuido y la apatía observados por parte de quien transfirió los derechos sucesoriales; la íntima convicción por parte de los demandados de ser verdaderos titulares de los derechos que afirman haber adquirido etc., son otros hechos que corroboran la tesis de la simulación.

Así, pues, con fundamento en los indicios graves, plurales y convergentes analizados, la Sala encuentra suficientemente probado que la compra-venta de que da

cuenta la escritura pública No. 4844 del 26 de diciembre de 1980, corrida en la Notaría Tercera del Círculo de Bucaramanga, es inexistente como compraventa, porque en realidad de verdad no existió desde el punto de vista jurídico como tampoco hubo la intención de vender y comprar por parte de los convencionistas; y que ese negocio jurídico aparente, fue tomado como mampara para ocultar una donación que fue lo que cierta y realmente quisieron y consintieron las partes negociantes.

Se trata, entonces, de una especie de simulación relativa en la que el contrato celebrado por las partes no es coincidente con la declaración por ellos manifestada en el documento público. Y como la razón primordial de la llamada acción de prevalencia es el reconocimiento de la verdadera intención de las partes, deben des-pacharse favorablemente las pretensiones principales de la demanda, pues con ellas ciertamente se busca producir una situación de certitud frente a una declaración convencional externamente equívoca.

Tal como lo predica tanto la doctrina como la jurisprudencia patrias, la validez del negocio jurídico subyacente en el acto simulado, que es el que debe regir con efectividad las situaciones jurídicas que el acuerdo crea entre sus otorgantes, se halla condicionado a que en su estructuración se cumpla el cúmulo de exigencias legales para que la negociación se tenga como eficaz.

"Bien es verdad que en nuestro derecho positivo (art. 1824 C.C.), dice la Honorable Corte, la pura liberalidad o beneficencia es en principio causa suficiente de obligación; pero también lo es que cuando excede de dos mil pesos no tiene autonomía plena, puesto que en tal evento la donación requiere para su validez, en lo que exceda de dicho valor, de la insinuación judicial, según lo prescribe el artículo 1458 del C. Civil. Como lo ha dicho la Corte, interpretando la razón de ser de esta disposición, intereses de orden superior reclaman la intervención del Juez, a fin de que en la donación no se contravenga ninguna disposición legal, y, fundamentalmente, para que haya correspondencia y proporción entre lo donado y las facultades económicas del donante quien como es natural debe conservar los medios indispensables para su subsistencia posterior" (Cas. 25-IX-1973). Pero los dos mil pesos de que trata el artículo 1458 para 1987, año del centenario del Código Civil son los mismos y corresponden a la realidad socio-económica que en 1887 vivía el país? ¿Se puede pensar que don Andrés Bello en la segunda mitad del Siglo XIX cuando señaló aquella cantidad, se refirió el valor irrito o vil que hoy representa aquella suma?. O por esas calendas la magnitud de la cantidad indicada comprometía seriamente cualquier patrimonio por lo que era indispensable acudir a la insinuación judicial?.

La interpretación de la Ley en cuanto a sumas de dinero se refiere, no puede hacerse a espaldas de la realidad socio-económica, del fenómeno de la devaluación monetaria que, en países como Colombia que no han podido alcanzar su propio desarrollo, galopa a ritmo incontrolado.

La suma de los dos mil pesos referida al día de hoy, resulta despreciable lo que ciertamente no puede justificar, como no justifica, acudir en pos de la venia judicial porque cualquier donación que se hiciera sobrepasaría aquella cantidad. Ciertamente hoy se sigue contando el mismo número de unidades monetarias pero con valor adquisitivo infinitamente inferior al que tenía hace 100 años por lo que, aunque el número debe mantenerse, así lo establece la ley, deberá actualizarse. Si se quiere obrar en equidad, forzoso es indicar dicho valor como ya lo ha hecho la jurisprudencia

no para el caso de las donaciones pero sí en punto de perjuicios acudiendo al valor del gramo oro, el que según la resolución No. 04/80 de la Junta Monetaria para el día de la negociación de que aquí se trata alcanzaba un valor de \$ 934.29.

La ley 59 de 1905 (30 de Abril), estableció que la unidad de moneda nacional colombiana es equivalente al valor de 1,679 gramos oro de ley 0.900; entonces, los dos mil pesos de que habló el legislador colombiano en 1887, equivalen a 3.358 gramos oro fino (ley 0.900), los que en el año de 1980, concretamente para el 26 de diciembre, valían la suma de "3'137.340 resultante de multiplicarla por el valor en pesos colombianos actualizados (\$ 3'137.340.00 = 3.350 grs. oro x \$ 934.29), lo que lleva a concluir que los dos mil pesos del año 1887, correspondían a diciembre 26 de 1980, fecha de la negociación simulada, a la suma de \$ 3'137.340.00.

Puede decirse, así lo estima la Sala, que la donación entre vivos que no se insinuare solo tiene efecto hasta el valor de dos mil pesos oro, equivalente al día de la negociación para el caso de que aquí se trata, a la suma de \$ 3.137.340.00, siendo nula en el exceso.

En lo que respecta al valor de lo donado, acogiendo lo afirmado por la demandante y aceptado por los demandados, el acervo hereditario se componía de un inmueble avaluado en la suma de \$ 3'700.000.00 y de unos créditos hipotecarios por valor de \$ 600.000.00 para un valor total de \$ 4'300.000.00, de los cuales donó a cada uno de sus tres parientes una cuarta parte equivalente a \$ 1'075.000.00 por lo que debe decirse que este valor es inferior al de los dos mil pesos oro que, como se dijo alcanzaba para finales de 1980 un valor de \$ 3'137.340.00.

Ahora bien, según la preceptiva del art. 1740 del Código Civil: "Es nulo todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes"; debe concluirse que la donación que fue el acto que en realidad quisieron celebrar los contratantes al correr la escritura pública número 4844 el día 26 de diciembre de 1980 en la Notaría Tercera del Círculo de Bucaramanga, en cuanto no sobrepasa la cantidad señalada en el art. 1458, es válida sin que hubiese sido necesario llenar el requisito de la insinuación, siendo imperioso que así lo declare la Sala, por lo que los donatarios conservarán su derecho proindiviso en los bienes que componen la herencia. O lo que es lo mismo, la donación que encerró la compraventa de que da cuenta la escritura pública No. 4844, es eficaz pues no sobrepasa el tope legal, esto es, los \$ 2.000.00 los que debidamente indexados equivalen a \$ 3'137.340.00.

Por lo anterior Adalberto Rey Castillo, Claudia Rey Castillo y Esther Castillo Monsalve conservarán su derecho proindiviso en los bienes determinados en la escritura No. 4844, en relación con el valor comercial de los bienes que conforman la herencia, debiendo, por tanto, proceder al pago de los impuestos correspondientes a la donación efectuada.

En cuanto a la demanda de mutua petición, como la condición a que los reconventionistas la someten se halla cumplida, el Tribunal abocará se-

guidamente su estudio.

En la susodicha demanda, tal como en ella se lee, se pide hacer "los siguientes pronunciamientos solo en el caso supuesto, admitido apenas en hipótesis, de que se hagan las declaraciones sobre simulación-nulidad del contrato contenido en la escritura pública número 4844 del 26 de diciembre de 1980 de la Notaría Tercera del Círculo de Bucaramanga", a saber:

Que es igualmente simulada la escritura pública número 4683 del 19 de diciembre de 1980 de la Notaría Tercera del Círculo de Bucaramanga; que los bienes sucesorales de Néstor Grimaldos deben ser restituidos; no al patrimonio de la demandante sino al de la sociedad "Rey Castillo S. en C." actualmente disuelta e ilíquida; que en tal virtud las partes deben restituirse a "Rey Castillo S. en C." dentro del término que señale la sentencia, todos los bienes que pertenezcan a la masa de bienes de tal sociedad disuelta e ilíquida, con sus aumentos y frutos percibidos en la proporción correspondiente a cada interesado.

La reconvencción se funda en los hechos que aparecen detallados a los folios 52 y ss. del cuaderno No. 2.

Para resolver se considera:

De acuerdo con la preceptiva del art. 323 del C. de Co., la sociedad en comandita siempre se forma entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales; y otros o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Aquellos se denominan socios gestores o colectivos y éstos socios comanditarios.

Dentro de esta especie de asociación, el capital social se forma bien con los aportes de los socios comanditarios o bien con los de éstos y los de los socios colectivos simultáneamente sin que el comanditario pueda ser socio industrial; así lo establece el art. 325 *ibídem*.

Característica, pues, en este tipo de sociedades es la concurrencia de socios que responden de manera diversa según su calidad: si son gestores lo harán como los socios de sociedad colectiva, y los no gestores de los negocios sociales, responderán hasta el valor de sus respectivos aportes.

Ahora bien, en cuanto a las causales de disolución de la sociedad en comandita, fuera de las señaladas en el art. 218 del C. de Comercio y las especiales de la sociedad colectiva, cuando ocurran respecto de los socios gestores, se halla erigida como tal la desaparición de una cualquiera de las dos categorías de socios que coexisten en este tipo de sociedad.

Volviendo a la especie de este litigio, se observa que, de acuerdo con la escritura pública número 462 del 17 de Abril de 1980 de la Notaría Quinta del Círculo de Bucaramanga, se conformó una sociedad bajo la razón social de "Rey Castillo & Cía. S. en C." la que tuvo por finalidad, tal como ya se vió, la de que el patrimonio de Grimaldos Gómez llegase, por partes iguales, a manos de quienes conformaron su familia, a saber: su concubi-

na, su hija extramatrimonial y sus dos "hijastros" con lo que se quiso soslayar no solamente el trámite de la respectiva sucesión, sino también la donación y, claro está, el pago de sus impuestos. Las declaraciones de los testigos y en especial la del abogado Galán Gómez quien gestó la idea de ir tras la tal asociación y la de los mismos interesados transcritas *ut supra*, son suficientes para llegar a la firme conclusión de que también esta negociación fue simulada por lo que no hubo verdadera intención o ánimo de asociarse en la forma dicha en la escritura arriba señalada.

Así, en la cláusula primera de la escritura de constitución, se dijo: "... y si ocurriere su muerte (la del socio comanditario Grimaldos), teniendo existencia la sociedad, todos sus derechos e interés social pasarán por partes iguales a los socios gestores —Fls. 23, Cdo. No. 1—. Igualmente se acordó que "si falleciere el socio comanditario, pasará (la comandita), a transformarse en colectiva con las modificaciones que por mayoría acordaren los gestores actuales" (Fl. 24 vto., Cdo. No. 1).

Esta Serie de simulaciones no la detuvo ni siquiera la acertada determinación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga de abstenerse de registrar la escritura pública número 1102 del 5 de Agosto de 1980 de la Notaría Quinta del Círculo de Bucaramanga, mediante la que se pretendió constituir una nueva sociedad esta vez de tipo colectivo, sino que, antes bien por el contrario, fue el sustrato necesario de la escritura número 4844 del 26 de Diciembre de 1980 corrida en la Notaría Tercera del Círculo de Bucaramanga, en la que, bajo el ropaje de la compraventa, se simuló la donación que como se dijo fue el verdadero contrato que las partes quisieron celebrar.

Siendo simulada esta escritura, como en realidad lo es, ello conlleva a su vez, la simulación no solo de la escritura No. 4683 del 19 de Diciembre de 1980 de la Notaría Tercera del Círculo de Bucaramanga, sino también la No. 462 del 17 de abril de 1980 de la Notaría Quinta del Círculo de Bucaramanga; se trata, pues, de varios eslabones de una misma cadena de simulaciones. Entonces, siguiendo las palabras del señor apoderado de la parte demandada en el hecho 14 de la demanda de reconvencción, existió un pacto entre todos los interesados de este proceso que vincula y enlaza indisolublemente no solo las dos escrituras de disolución y extinción de las sociedades como la transferencia de derechos de Marilú Grimaldos de Ahumado a los demandados, sino también las de constitución de tal suerte que la simulación que pudiera afectar la segunda escritura arrastraría también no solamente la primera sino todas las anteriores por ser negocios contractuales que guardan una interrelación inexorable. —Fl. 56, Cdo. No. 2—.

Que la sociedad en comandita contenida en la escritura pública No. 4162 del 17 de Abril de 1980 es simulada, lo dicen no solamente en forma tácita las alegaciones traídas al proceso, sino también los testigos, en especial el inescrupuloso abogado que ante la petición de asistencia jurídica por parte de Grimaldos Gómez y de los suyos en vez de invitarlo a transitar por los caminos de la ley, lo indujo a soslayarla proponiendo la confección de acuerdos no ajustados a la realidad. Vale la pena volver a transcribir la parte pertinente de la declaración de Galán Gómez:

"Hace años estuvieron en mi oficina... todas las personas a que se refiere la pregunta en compañía de un señor... Grimaldos para hacer una consulta en el sentido de buscar la manera sin pagar impuestos de donación entre vivos de pasarle inmuebles de propiedad de Grimaldos a los tres hijos. Y de que la fórmula para lograr ese efecto sin dolo (?), era constituir una sociedad en comandita y sino estoy mal presté el servicio hasta otorgar la escritura de constitución de tal sociedad". Por si lo anterior no fuera suficiente, el cínico abogado concluyó: "...La intención clara en mi oficina que capté en Grimaldos era su intención conciente y libre de transferirles a estos tres señores... sus bienes... Nunca aconseje el testamento (?) y por eso insinué la fórmula de la sociedad en comandita". — FIs. 15 y 15 vto. Cdo No. 5— (Subrayó la Corporación).

En cuanto a la razón de ser de la cláusula décima-tercera de la Escritura No. 462 del 17 de abril de 1980, según la cual "si falleciere el socio comanditario pasará a transformarse en colectiva..." FI. 25 vto., Cdo. No. 1-, dijo el mismo abogado declarante:

"Este detalle es casi necesario a la consecuencia de la asesoría, porque el socio gestor es el único que queda con interés frente a la encomandita y si muere y la intención que tenía era que pasara los bienes a los aparentes socios capitalistas, esto se imponía, traer a recuerdo lo que mi experiencia vivió en esa asesoría no me es fácil por el tiempo transcurrido pero no descarto en forma alguna que se hubieran producido las dos constituciones, la primera la sociedad en comandita, y a la muerte de Grimaldos la de la sociedad colectiva, para que desapareciera el interés del gestor y quedara todo dentro de la colectiva en cabeza de los anteriores socios comanditarios capitalistas, es decir, quedarán sin límite alguno de propiedad absoluta el interés social en cabeza de los sobrevivientes... Esto sin duda se podía lograr si el finado Grimaldos no dejaba heredero forzoso, porque si no podría caer como castillo de naipes y hacerse nugatoria la finalidad que se buscaba a través de las dos sociedades, la encomandita y la colectiva" -FI. 16, Cdo. de pruebas de la parte demandada. (Las subrayas no son del texto).

Vistas así las cosas, no podrán prosperar las pretensiones de la demanda de reconvencción con excepción de la primera, por lo que se declarará que es absolutamente simulado el acuerdo contenido en la escritura pública número 4683 del 19 de diciembre de 1980, de la Notaría Tercera de Bucaramanga.

Igualmente se declarará que es absolutamente simulado el negocio a que se refiere la escritura pública número 462, corrida el 17 de abril de 1980 en la Notaría Tercera del Círculo de Bucaramanga, alegada como excepción de fondo por la parte contrademandada.

Lamenta la Sala que de aquel asesoramiento indecoroso por parte del abogado consultado hubiere corrido tanto tiempo como para que la prescripción disciplinaria lo cubra, pues se compulsarían ahora las copias pertinentes a fin de que se investigara conducta tal que no es ejemplo para las generaciones presentes ni menos para las futuras.

De todo lo expuesto se concluye que la sentencia de la instancia deberá revocarse para, en su lugar, acoger parcialmente las súplicas formuladas por la demandante en su libelo demandatorio.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

1.— REVOCAR la sentencia del 8 de noviembre de 1986 proferida en este mismo proceso, por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de la ciudad.

2.— DECLARAR que es relativamente simulado el contrato contenido en la escritura pública número 4844 del 26 de diciembre de 1980, otorgada en la Notaría Tercera del Círculo de Bucaramanga, por la cual MARILU GRIMALDOS DE AHUMEDO dice vender a ADALBERTO REY CASTILLO, CLAUDIA REY CASTILLO y a ESTHER CASTILLO MONSALVE y estos comprar las tres cuartas partes de sus derechos y acciones herenciales.

3.— DECLARAR que el vínculo jurídico que liga a dichos contratantes es el de una donación entre vivos, efectuada por MARILU GRIMALDOS DE AHUMEDO, a sus hermanos maternos ADALBERTO Y CLAUDIA REY CASTILLO y a su progenitora ESTHER CASTILLO MONSALVE.

4.— DECLARAR que esta donación es válida, por lo que los donatarios ADALBERTO y CLAUDIA REY CASTILLO y ESTHER CASTILLO MONSALVE, pagarán los impuestos correspondientes.

5.— DENEGAR las pretensiones contenidas en la demanda de reconvencción con excepción de la primera.

6.— DECLARAR, en consecuencia, simulado el acuerdo contenido en la escritura pública número 4683 del 19 de diciembre de 1980, corrida en la Notaría Tercera del Círculo de Bucaramanga.

7.— DECLARAR simulados los acuerdos contenidos en las escrituras públicas números 462 del 17 de abril de 1.980 y 1.102 del 5 de agosto de 1.980 corridas en la Notaría Quinta del Círculo de Bucaramanga.

8.— COMUNICAR la parte resolutive de la presente sentencia a los señores Registrador de Instrumentos Públicos, Notarios Tercero y Quinto del Círculo de Bucaramanga y Cámara de Comercio de Bucaramanga, para que procedan a hacer las anotaciones pertinentes.

9.— CONDENAR en costas así: en un 70% a la parte demandada, y un 30% a la parte demandante. Tásense.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA:

JORGE A. CASTILLO RUGELES.
Magistrado Ponente

LIBARDO GARCIA ROMERO.
Magistrado

AVELINO CALDERON RANGEL
Magistrado

Norberto Marín Téllez.
Srío.

CRITERIOS FILOSOFICOS PARA UNA AUTENTICA PRAXIS DE LA INFORMATICA JURIDICA

Evaristo Rodríguez Gómez

Quiero referirme al mito de la informática y a la importancia de la revolución de ésta que, como el antagonico de lo anteriormente dicho, constituyen las premisas de una gran barrera del desarrollo científico, de la investigación y praxis del Derecho. No me refiero a un desarrollo científico y tecnológico ciego, sino al de mirada de lince sometido a una escala propiamente humana. Así, la racionalidad de los medios dejará de estar en contradicción con la de los fines y, de este modo se conjugarán racionalidad instrumental y racionalidad social.

La tecnología por "ciega" que parezca en su implementación social, está atravesada por una ideología y una actitud de poder. Está inevitablemente nutrida de una alternativa de poder, donde se expresan los intereses de naciones, corporaciones de capital, instituciones, grupos y clases sociales.

Necesitamos la búsqueda de una alternativa al progreso tecnológico actual que no rebase el marco de la tecnología, es decir; una racionalización, una profunda conciencia epistemológica que, por un lado, arranque de los cimientos la falsa creencia de que el computador desplazará al hombre como ser dotado de juicio, y por otro lado, levante el velo de la mitificación de aquello supuestamente inalcanzable, en el sentido de que los países atrasados y dependientes jamás lograremos tecnificarnos, ya sea por deficiencia o incapacidad del elemento humano o del elemento financiero.

No es una utopía la aplicación del computador al proceso de aprendizaje y realización del Derecho, es una imperiosa necesidad fáctica. Frente a esta clase de información, mucha gente adopta una actitud muy curiosa, en la que el fatalismo alienta la ignorancia; se dice que, puesto que nos precipitamos hacia una sima, es mejor no saber nada. Considero que semejante actitud de inhibición es totalmente nefasta, pues existen determinadas orientaciones que llevan, de manera irremediable, a la catástrofe, en tanto que otras, cuyo desenlace es incierto, dejan cuando menos las puertas abiertas a sorpresas esperanzadoras, entre ellas las que conducen este foro, consideraciones que filosóficamente hablando, nos llevan a una certeza del ser que conoce y del medio elegido para aprehender la realidad, ya sea éste el primitivo ábaco o el microprocesador de la quinta generación. Por eso, si la utopía no tuviese en su haber más que buenas intenciones, tendría, por supuesto, todas las probabilidades de seguir siendo utópicas. En tanto que una utopía rentable, ventajosa desde el punto de vista del conocimiento, deja de ser una utopía para convertirse en una posibilidad llena de satisfacciones. Para ello requerimos de una acción filosófica

transformadora de las relaciones sociales que determinan la orientación, el mismo ritmo y uso de la tecnología.

A nuestros jueces les aterra la idea de la máquina inteligente, del autómeta, de la robótica. Conocemos de la construcción de algunos de ellos que parecen enteramente seres humanos, elegantemente vestidos y con el cabello empolvado para poder ser presentado en los salones de Francia e Inglaterra; el autómeta caminaba, retrocedía, giraba, se inclinaba, sus ademanes tenían cierta rigidez pero no por ello la ilusión era menos sobrecogedora. Algunos incluso podían jugar al ajedrez, al pool, tocar un instrumento musical, proferir providencias judiciales. La sociedad selecta maravillada por aquel espectáculo, acaba pensando que, a fin de cuentas, el hombre no era más que un autómeta y que con los adelantos ineludibles de la ciencia y de la técnica, sería factible, construir un hombre.

No tan solo este criterio se nos antoja grotesco, sino que cuanto más progreseemos, tanto más estamos conscientes de lo mucho que ignoramos. A manera ilustrativa, entre el conocimiento de la norma y la aplicación de la misma existe un gran dislocamiento que deja entrever un nuevo abismo de ignorancia. No estamos preparados para un buen trabajo de conocimiento y de hermenéutica porque el conocimiento mismo ha surgido alienado y como mediación que impide comprender la "realidad real"; desconocemos absolutamente la Ley como objeto de este conocer en dicho proceso epistemológico. Aquí debo decir que la función de la informática no es el desplazamiento de la hermenéutica sino el facilitamiento de la información entendida en función de lo que se conoce como "Acceso de Datos" que se expresa en variables de alta velocidad (segundos, milisegundos, nanosegundos) y de mensurables cantidades de datos almacenados expresados en variables de capacidad de memoria (bytes, kilobytes, megabytes) y que configuran los Bancos de Datos, Archivos de Datos, Bases de Datos.

Quiero poner en conocimiento la auténtica revolución que constituye la esencia de la informática y su aplicación al derecho. Pero veo, como analista de sistemas, con visión teleológica, dos vertientes de la informática que constituyen dos problemas a tratar: el de la informática actual, pesada, centralizada, inalcanzable y el de la microinformática, la de los computadores individuales, ya casi presente (lustros talvez) en las oficinas de los abogados, pero que todavía no es conocida más que a nivel superficial, incluso por muchos especialistas, y que se ofrece como fabulosamente prometedora y renovadora. La primera quizá a aplicar a ciertas instituciones de carácter nacional.

Demos una mirada a un videodisco que pueda recoger el contenido de una enciclopedia de 20.000 páginas en 20 volúmenes y a un computador del tamaño de una calculadora de bolsillo que pueda realizar mayor número de operaciones y con mayor rapidez que un computador Univac-1; este computador costaba en 1960 más de un millón de dólares y el de bolsillo sobrepasa apenas los 200 dólares. Relacionemos estos aparatos con los grandes volúmenes jurisprudenciales y doctrinales y con las oficinas saturadas de nuestros abogados y sacaremos conclusiones favorables.

Pero esta explosión tecnológica no está exenta de riesgos, particularmente cuando está centralizada: el riesgo de una deficiente e irracional administración o fiscalización.

El proceso irracional en la administración de los aportes tecnológicos ha contribuido a generar en el marco histórico de sistemas sociales que superponen ética y políticamente el Tener al Ser; (la acumulación privada de bienes con mayor valor social que la libertad ontológica del hombre) la sistemática y totalitaria cosificación de los individuos y la humanización de las cosas.

El producto constituye diversas y profundas formas de alienación, extrañamiento y desarraigo de los resultantes del trabajo humano.

Una informática privática (la del microcomputador) ofrece riesgos menores que la centralizada o telemática. Es ostensible que el computador, al individualizarse, puede hacer a la sociedad más humana. Me refiero en términos de que debe ser el hombre quien se sirva de la máquina y no ésta quien esclavice al hombre. Para ello necesitamos crear ideológicamente una nueva sociedad, una nueva humanidad toda vez que la informática grande o pequeña desplazará fuerza de trabajo o puede originar lo que el profesor Lussato llama "robos invisibles de la libertad" si se permite que la informática, más aún la jurídica, sea presa de cualquier poder de manipulación. Surge el problema del delito informático. Soy partidario de la idea de un sistema donde la información no es distribuida (grandes computadores centrales enlazados con multitud de terminales a través de redes casi arácnidas) sino compartida (unidades más pequeñas, independientes unas de otras) para hacerla mediata, recursiva. La informática jurídica para los funcionarios, para los abogados, para los estudiantes, etc., no debe ser exclusivamente de corrimiento riguroso de programas, sino que éstos deben participar activamente en el conocimiento de la ciencia de la informática, a través de un proceso ascendente, prolongado y profundo de la técnica para así evitar caer en las premisas que relacioné al comienzo de la exposición. Ratifico, por la anterior razón la propuesta que se hizo en el Primer Seminario de Informática Jurídica realizado en Medellín el año próximo pasado, según el cual debe modificarse el Pénsum de la carrera de Derecho tendiente a la inclusión de un bloque opcional de materias teórico-prácticas, llamadas Informática 1-2-3-4 y su complemento Derecho Informático, para obtener desde ya investigadores científicos en este campo. Tengo la esperanza que se corrobore por este auditorio, por cuanto para ustedes, compañeros, profesores, profesionales del Derecho, Ilustres funcionarios, la informática jurídica constituye vuestro desafío y el mío. Propongo no seguir razonando atendiendo a una lógica del pasado cuando las aspiraciones sociales, institucionales, educativas, filosóficas, permiten que se adopte una actitud nueva. El mantener la óptica antigua llevaría simplemente al empeoramiento de la crisis estructural que padecemos y al inevitable resquebrajamiento de nuestras instituciones. Lo contrario sería cristalizar la realización del concepto de justicia.

(+) Frente al derecho electrónico, el derecho constituye un sistema de proposiciones que contienen información sobre su objeto, el derecho, consiste a su vez en información. El derecho no es, en conjunto, conocido por

los ciudadanos, ni por los abogados, ni por los jueces, pese al aforismo "IURA NOVIT CURIA", que esconde en realidad el compromiso profesional de averiguar la norma aplicable al caso concreto.

Se requiere de una amplia acumulación de información, pero su acceso presenta las siguientes limitaciones: un límite propiamente informativo, se ignora la información que se tiene al alcance y las revistas, catálogos y libros, solo alcanzan a proporcionarle datos fragmentarios; añádase la ignorancia del dónde y cómo se encuentra la información relevante. Existe un límite espacial ya que una completa colección de leyes y jurisprudencia requiere interminables estantes. Otro límite es el de la especialización: un abogado, un jurista, un magistrado, tiene ciertas órbitas de interés, actuación o competencia y tiende a especializarse en la parte del derecho que se halla dentro de esas órbitas.

Una de las consecuencias es que el especialista tiende a ignorar lo que está afuera de su ámbito y, con pretexto de una autonomía científica, a escindir de la relación de su objeto de estudio con el resto del Derecho, siendo que el Derecho conforma una totalidad universalizante.

Otro límite es el temporal: el usuario aún dentro de su especialidad, no puede emplear en la recolección de información más que cierto tiempo, tanto más amplio cuanto lo justifiquen incentivos intelectuales o económicos y tanto más reducidos cuanto lo determinen las exigencias procesales o el número de casos a resolver. Existe también un límite económico, porque adquirir bibliografía permanente actualizada sobre este tópico es sumamente costoso incluso para los funcionarios mismos. La Informática Jurídica-documental modifica y supera las anteriores limitaciones.

El saber en cualquiera de las disciplinas del conocimiento, no se mide por la mayor cantidad (mensurable) de datos; fundamentalmente, su valor radica en su calidad para proporcionar reflexión de criterio, interpretación metodológica y capacidad concreta y posible de transformación del mundo, incluido en —en esa totalidad cognoscitiva— el sujeto histórico del saber: El Hombre.

BIBLIOGRAFIA

1. CAICEDO BORRERO, Hugo. De la racionalidad de la dominación a la racionalidad para la liberación. Prólogo a: *Idiario de Don Juan Eloy Valenzuela y Mantilla. (1756—1834)*. Tesis de Grado-facultad de Sociología; UCC; Bucaramanga, 1986-Varios autores.
2. FOUCALULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*, Editorial Gedivá, Barcelona, 1980.
3. JUNGER, Georg Friedrich. *Perfección y fracaso de la técnica*. Editorial Sur, Bs. As. 1968, especialmente puntos 1 a 6 pags. 7 a 25, Puntos 25 (técnica y derecho) pags. 78/80; punto 38 (racionalidad e irracionalidad) pags 114/117; puntos 43 a 46 pags. 126/1246.
4. HORKHEIMER, Max. *Crítica de la razón instrumental*. Editorial Sur Bs. As. 1973 (2a. Edición). Especialmente los capítulos: I- Medios y Fines; II- Panaceas Universales antagónicas; IV- Ascenso y ocaso del individuo.

EVOLUCION Y SENTIDO DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

Laureano Gómez Serrano

Quizás la mayor dificultad que presenta el análisis de un proceso de evolución constitucional es tratar de apreciar tanto el movimiento político general que informa el desarrollo constitucional, el proceso social que le sirve de sustrato y el proceso netamente jurídico que es la forma a través de la cual se expresa este proceso social, político y jurídico a través de una norma de jerarquía superior, considerada dentro del medio jurídico como ley de leyes, como la Carta Magna, es decir, la Constitución Nacional. Desligar esos tres niveles de análisis genera las ficciones en las que continuamente caemos, muy a propósito, quienes nos dedicamos por una u otra razón a la disciplina del Derecho; las ilusiones de pensar que las transformaciones jurídicas, teóricas, ellas en su planteamiento, expresan en forma inmediata, reales transformaciones en el movimiento de la sociedad. Entonces, a propósito del centenario de una constitución, rendimos culto ficticio a esa constitución, creyendo que ella fue punto fundamental del desarrollo de las instituciones jurídicas nacionales, y que a partir de ese punto de referencia podemos convalidar o descalificar nuestro decaer jurídico, nuestro decaer como nación sujeta a unos determinados parámetros normativos, a unos determinados cauces jurídicos, expresión de las relaciones sociales y políticas a través de las cuales se expresa la lucha de las clases en una determinada nación.

Pero, esa desviación conceptual no es nueva, es inherente al mito del derecho, el mito de la juricidad que sirve de elemento ideológico cohesionador para tapan las múltiples fisuras que una sociedad como la nuestra presenta. Entonces hábilmente el político, los elementos de la clase dominante, o aquellos que se ponen a su servicio aun cuando por estrato social, por origen de clase, no pertenezcan a las tradicionales clases dominantes del país, exigen entonces todo un proceso de culto, un proceso de deificación, de un estatuto jurídico, de un estatuto constitucional como el de 1.886 que no es más que la expresión de una dictadura autocrática que han ejercido. Las clases dominantes de este país como negación de las más mínimas garantías del ejercicio de libertades democráticas, en la práctica para las inmensas masas de la población. Dictadura autocrática erigida, sustentada bajo la ficción del bipartidismo, dictadura autocrática edificada en base a una estrecha alianza entre los sectores más reaccionarios de la población, que se articulan con el gran capital monopolista financiero y que han logrado en esta constitución su máximo cauce jurídico, para pulimentar las fisuras que presenta su sociedad.

En "el instructor popular", folleto aparecido en el Socorro dentro del Estado Soberano de Santander, hacia 1.862 el publicista Adriano Díaz que pretendió difundir un catecismo cívico, definía la importancia de la constitución en estas naciones y muy concretamente las ficciones jurídicas políticas que alrededor de ella se hacen cuando escribía: "Cada dos o tres años el gobierno llama al pueblo diciéndole: Venid a defender vuestra constitución, vuestros derechos; y los caudillos de la guerra civil también le dicen: Llegad a revocar ese gobierno que os arrebató vuestros derechos y pisotea la Constitución. El pueblo corre entonces en pos del gobierno o del revolucionario, y sobre los despojos de aquel, esparcidos en mil campos de sangrienta memoria se organiza otro gobierno o se expide otra constitución.

He aquí la tarea de titanes que llevamos hace medio siglo, pero sabe el pueblo qué defiende, por qué pelea, por qué muere? Conoce la Constitución comprende los derechos y deberes que por ella tiene. No, hasta ahora poco se ha tratado de explicarle". Y más adelante añadía: "Una de las palabras que con más frecuencia oye el pueblo es la palabra constitución; una de las cosas que más importa conocer a éste es el pacto político de las repúblicas o monarquías; en nombre de la constitución se alzan muros y se forjan cadenas, al poderoso influjo de esa voz mágica se levantan los pueblos a reconquistar sus derechos, apoyado en la constitución y desprestigiándola el gobierno dicta medidas arbitrarias, interpretando a su antojo los artículos constitucionales y el primer libro que enarbola el caudillo en las guerras civiles o el partido que desea el poder, es la pequeña y poderosa obra llamada Constitución" (1).

Parece que de esa época a nuestros días poco o nada ha cambiado en las costumbres de los dirigentes políticos; y pueden comprender ustedes, entonces, por qué cada gobierno, por qué cada Presidente, por qué cada candidato enarbola como tesis fundamental la reforma constitucional.

Pero, dentro de las ficciones del estado de derecho, el concepto de constitución como norma suprema, como ley de leyes cumple un papel medular, un papel fundamental. Así Hans Kelsen, el gran exponente de la teoría pura del derecho nos dice, que la constitución es la norma fundamental porque genera la unidad del orden jurídico, permite su automovimiento, permite la explicación a través de la ficción jurídica del movimiento general de la sociedad.

"La Constitución, esto es, el hecho de constituir un orden jurídico estatal, fundamentando su unidad, consiste en la norma fundamental, hipotética no positiva que es lo que llamamos constitución en sentido lógico, pues sobre dicha norma se basa el primer acto legislativo no determinado por ninguna norma superior de derecho positivo" (2).

Por eso, para Hans Kelsen, cuando una reforma constitucional se hace dentro de los cauces previstos en el anterior estatuto jurídico orgánico, no

(1) DIAZ, Adriano. El Instructor Popular, Socorro, Estado Soberano de Santander 1.862.

(2) KELSEN, Hans. Teoría General del Estado, Página 235.

hay cambio de la naturaleza del Estado, y siempre que haya una ruptura en los procedimientos formales de transformación de esta norma superior, de esta norma vértice, él entiende que existe una transformación en la naturaleza del Estado. Esta es la expresión más abstracta de las ficciones jurídicas a nivel del derecho que podemos llamar moderno.

Sin embargo, desde óptica diferente observamos que en la historia nacional, las constituciones, generalmente se erigen a través de la ruptura de sus formas procedimentales de transformación; las constituciones nacen como elementos espúreos dentro del llamado estado de derecho, las constituciones nacen evidentemente como actos de fuerza y no conforme a las ilusiones que genera el ilustre jurista alemán, padre del normativismo jurídico.

Guillermo Federico Hegel, en su estudio sobre los principios de la Filosofía del Derecho o del Derecho Natural y de la Ciencia Jurídica, igualmente señala la importancia que tiene en la organización de la sociedad, el concepto de constitución. Dice él: "En primer lugar la Constitución política es la organización del Estado y el proceso de su vida orgánica en referencia a sí mismo, en ellos el Estado diferencia sus momentos en su propio interior y los despliega hasta que alcanzan una existencia firme.

En segundo lugar, el Estado es, en cuanto a la individualidad una unidad excluyente, que de esta manera se relaciona con otros, vuelve por tanto su diferenciación hacia el exterior, y de acuerdo con esta determinación transforma en ideales las diferencias existentes en el interior de sí" (3). Y es claro que la constitución de cualquier Estado, no es más que un marco ideal que pretende reflejar como en un espejo las quimeras de la sociedad que trata de organizar. Las constituciones consagran no solamente una serie de principios políticos, filosóficos, abstractos en los cuales se desarrolla la actividad concreta de los individuos y de la sociedad civil, sino que instituye, determina y organiza los aparatos fundamentales a través de los cuales se ejerce una dominación determinada al interior del propio estado. Ya Marx señalaba en la Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel: "La Constitución no es más que un arreglo entre el Estado político y el Estado no político" (4), con esto resaltaba la esencia instrumentadora de la construcción, de las relaciones jurídico políticas, de las relaciones de dominación dentro de cada sociedad. Para nadie hoy en día es un secreto de que el Estado es un aparato coactivo; el mismo Kelsen lo acepta cuando entiende que el Estado no es más que la expresión organizadora abstracta, generalizadora e integradora del ordenamiento jurídico; el Estado no hace más que desarrollar el orden coactivo; el orden que impone el derecho. Decía Kelsen que el Derecho Positivo se hace idéntico con el estado real, histórico y concreto. El Estado, como aparato de dominación de una clase, en un marco histórico, geográfico, social, políticamente determinado; es entonces un producto de la misma sociedad que, pretende alzarse para imponer un determinado orden, unas determinadas normas de comportamiento en la sociedad, unas determinadas reglas a las relaciones de lucha entre las clases. Dentro de las ficciones Hegelianas sobre el Estado, él con-

(3) HEGEL, Guillermo Federico. Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política. Sudamérica, Buenos Aires, 1975

(4) MARX, Carl. Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel, Pag. 74. F.C.E. México.

sidera que, para que una multitud constituya un Estado, hace falta que se organice una defensa y una autoridad política comunes. Pretendía Hegel que el Estado expresare los intereses comunes de la sociedad civil frente a otro tipo de organizaciones humanas, frente a otro tipo de conglomerados sociales, frente a otro tipo de intereses que permitían identificar a una nación determinada.

Es Lenin en su importante libelo político "El Estado y la revolución" quien plantea con más explicitación la naturaleza de clase del Estado y en especial la naturaleza del estado burgués, al señalar que el Estado no hace más que manifestar la estructura del poder político en una forma concreta y determinada a partir de tres elementos esenciales: Un ejército como destacamento monopolizador de la fuerza a través de la cual se ejerce la dominación de clase; un aparato burocrático que informa las estructuras administrativas y legales del Estado, generando las líneas de conducta para los individuos, para las diferentes clases sociales, para los diferentes miembros de la sociedad a través de los intereses dominantes de uno cualesquiera de los grupos que en ella se haya alzado en el poder y finalmente como tercer elemento, un aparato judicial, dispensador de la justicia, legitimador de las relaciones de clase. Por ello, el llamado de Lenin para la necesaria emancipación de la clase obrera y de la humanidad era a destruir la máquina del Estado, el aparato estatal, conforme lo había indicado ya Marx en el XVIII Brumario, no obstante que al parecer en los resultados concretos del marxismo-leninismo, al menos en la práctica real, lo que ha hecho la organización de los Estados Socialistas, ha sido fortalecer la máquina del Estado y permitir que a ella acceda una maquinaria burocrática, un sector, una capa social burocrática que tiende a reproducirse y a detentar todos los hilos del poder político en aquellos países que de una u otra manera hicieron una revolución de corte socialista.

Con estos pequeños parámetros de referenciación de lo que puede constituir una constitución y las reformas, así como de lo que ella puede implicar en el proceso político, en el proceso económico, en el proceso social de una nacionalidad, pretendemos aproximarnos a la Constitución de 1.886 y a las reformas que se le han hecho a partir del momento mismo de su promulgación hasta nuestros días, con la óptica de mirar más que las transformaciones que se hayan podido producir, reales o ideales, constitucionales o inconstitucionales, el elemento esencial de toda constitución, que debe ser la garantía a los derechos de los ciudadanos. El profesor Restrepo Piedrahita, haciendo un paradigma y un paralelo con las constituciones alemanas, siguiendo las enseñanzas del profesor Merkl ha tratado de señalar tres reglas de construcción técnica jurídica que informa la Constitución de 1.886. El dice que como característica de la Constitución del 86 podría determinarse la construcción de un Estado unitario, con centralización política y descentralización administrativa, según el apotegma de Núñez, pero en el cual la centralización política ha absorbido en forma determinante las posibilidades de una descentralización administrativa. En segundo término señala la construcción de un ejecutivo, entre comillas "monárquico", pseudo republicano, para destacar las connotaciones autocráticas y autoritarias del órgano ejecutivo del poder público dentro de nuestro ordenamiento constitucional. Y en tercer término señala la estructura confesional que desde el propio preámbulo consti-

tucional se puede percibir en nuestra Ley Fundamental; esto es, la adscripción del poder público a una concepción teológica, deista, teocrática, en especial, la que informa la religión católica (5).

Estas características señaladas por el respetado profesor de ascendencia liberal y profundo admirador del movimiento radical de los años 50, en el siglo pasado, olvidan el análisis de la evolución en nuestro proceso constitucional de las libertades democráticas, de las libertades individuales, promulgadas por la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, consagradas en la Constitución norteamericana y en el acta de independencia de los Estados Unidos. La esquilman precisamente por sus vinculaciones políticas, sus intereses sociales y sus intereses de clase. La esquilman porque en toda la historia Constitucional Colombiana, paradójicamente el llamado partido liberal es el que más las ha utilizado demagógicamente, pero también las ha constreñido en la práctica.

En primer término, todo el movimiento democrático liberal burgués se informa en la conceptualización de la tridivisión de poderes señalada por Montesquieu en la célebre obra del "Espíritu de las Leyes", aparecida en 1.748, y que permite postular una garantía de la individualidad frente al poder absoluto de los monarcas, al poder absoluto de los soberanos; la posibilidad de la desconcentración del poder del Estado y de que el ejercicio del poder político, esto es, de la dominación en un Estado concreto sea recogido y encausado a través de tres vertientes de igual poder, de igual intensidad, de distinta naturaleza, pero que colaboran armónicamente en el desarrollo de los fines del Estado y contribuyen a las posibilidades de libertad individual para cada uno de los individuos. La ficción del Estado Liberal se erige entonces a partir de esa conceptualización de la tridivisión de los poderes. Esta es la culminación de un proceso largo que surge en Europa aproximadamente desde el siglo XI y que puede detectarse en el derecho español a través de la legislación foral; será un proceso de conquista paulativa, por parte de la naciente burguesía, después de los siglos XVI, XVII y que culminará en el siglo XVIII, para arrancar el poder absoluto a las clases feudales y especialmente a los monarcas absolutos. Es un proceso que parte de los mismos privilegios que los señores feudales habían logrado arrancar a sus señores absolutos, a los monarcas, que pueden tener comprobación bien sea en los fueros de Castilla, de León o de Navarra con el viejo adagio de que "uno de nos es menos que vos, pero todos nos somos más que vos", con que se instalaban los consejos de elección para los diferentes reinos que constituían lo que hoy en día es la Monarquía Española. Los fueros de Sobrarbe que datan desde el siglo XI, en los cuales los señores Feudales arrancaban privilegios a los monarcas españoles a cambio de sus labores militares en las guerras que sostenían contra los moros, fueron minando el poder absolutista a quienes se habían alzado en un momento determinado con el poder político en esta sociedad.

Igualmente se suele citar como importante antecedente de esta concepción demo-liberal, o democrática, liberal, burguesa de la tridivisión de poderes y de las posibilidades de garantías de libertades individuales de derechos individuales para los individuos en el seno de la sociedad burguesa, la Carta Magna que arrancaron en el año 1.215 los señores feudales

(5) RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Constituyentes y Constitucionalistas Colombianos del Siglo XIX; Banco Popular, Bogotá, 1986, pag. 140.

ingleses a "Juan sin Tierra". Estos derechos feudales, estas constricciones al poder absoluto del Estado expresado en la célebre Carta Magna que se conserva hoy en día en el Museo Británico, y en la Constitución de Bosques que permitía a la comunidad la posibilidad de obtener aguas, de obtener caza y de obtener madera como combustible.

La Carta Magna, regula la potestad tributaria del soberano, señalando que éste no podía imponer tributos, sin previamente consultar la asamblea de los señores feudales. En segundo término, consagra la posibilidad de defensa de los individuos frente al ejercicio arbitrario de la justicia o de la jurisdicción en la imposición de las penas, con la instauración del *habeas corpus* y el juzgamiento a través de jurados, es decir, arranca la potestad jurisdiccional al soberano. Y en tercer lugar, un importante antecedente también, en la Constitución de las doctrinas demoliberales del Estado burgués, constituye el tercer elemento de este importante estatuto feudal de privilegio, incluso al rey, al monarca, cuando éste viola la Ley de Leyes, y la posibilidad de que éste fuera depuesto.

Estos antecedentes, a través de la ilustración y el racionalismo, llegan a los constituyentes de la Unión Americana en la declaración de independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, la de Julio 4 de 1.776, y en la Constitución de 1.787. Bajo un sistema federal se consagra por primera vez en la historia, este mecanismo de limitación a los poderes estatales, de la especialización de los órganos del poder público, que ya había expresado MONTESQUIEU en su característica obra sobre la tridivisión de los poderes. Y no transcurrió mucho tiempo entre la adopción de la Constitución norteamericana y su primera enmienda, para incorporar las garantías a los derechos individuales, dentro de esta modernísima sociedad; la enmienda del 15 de diciembre de 1.791, que introdujo las modificaciones de los artículos 1 al 10 de la Constitución de los Estados Unidos, consagra estas garantías, estas limitaciones al poder absoluto del Estado, estos derechos individuales que erigen aún hoy en día la sociedad norteamericana, como una democracia; como una democracia de la burguesía dentro de un Estado imperialista.

Otro de los hitos históricos que podemos citar como antecedentes en la construcción de los Estados democráticos liberales de la burguesía, es la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producida el 26 de agosto de 1.790 por la revolución burguesa francesa, por la dinámica del ascenso al poder de la burguesía y el derrocamiento sangriento del antiguo régimen, de la monarquía y de la sociedad feudal. Las consignas de libertad, igualdad y fraternidad se convierten en el "sacra sanctorum" de la burguesía, se convierten en el culmen de la expresión de la libertad cimentada en el elemento esencial de la sociedad burguesa, que es la forma de apropiación privada sobre los medios de producción. La libertad, igualdad y fraternidad se convierten en el lema fundamental del Estado burgués; la propiedad, la libertad se convierten en los derechos inalienables de la persona, derechos naturales como empezaron a considerarse desde ese momento; la libertad era concebida no solo como la posibilidad del respeto al individuo humano, la posibilidad de enajenar su fuerza de trabajo, la posibilidad de reunirse y manifestar por medios escritos u orales su pensamiento, la libertad civil para disponer de los bienes que teórica o práctica-

mente reuniera bajo sus atributos de la personalidad.

La libertad se convierte entonces en el paradigma, en la quimera y en la ilusión que incluso fue exportada bajo la figura de una estatua femenina, a la entrada del puerto de Nueva York, donde paradójicamente se recluían desde su misma erección, todos los inmigrantes que salían de Europa, perseguidos por la restauración monárquica de los años 48 en el siglo pasado, de las represiones reaccionarias de la segunda mitad del siglo XIX en Europa, y que como parias tenían que ingresar a la naciente potencia imperialista de América.

Pero, desafortunadamente, estos principios de libertad, igualdad y fraternidad, llegaron trastocados a nuestro país, en la Constitución de Rionegro del año 1.863. El proceso de independencia generó unas características autocráticas, militaristas en la configuración política de la nación, y estas características han de presidir en conculcación de las libertades, de las garantías mínimas que expresaban los ideales de la burguesía, todas las reformas, todos los ordenamientos constitucionales que han regido en este país. La Constitución de Rionegro, que al decir de algunos juristas, vilipendiándola, realmente constituía una Constitución para ángeles y le endilgan la frasesita a VICTOR HUGO, no era más que la configuración política del Estado a través de una estructura administrativa de corte federal, cimentada en unos Estados soberanos que eran detentados por caudillos, por gamonales, por terratenientes y por comerciantes que florecían al amparo del librecambismo británico.

En este Estado federal germinaba la estructura caudillista de nuestra configuración estatal; cada Estado era dominado por uno o varios caudillos-militares que se entretendían en el dominio de las tierras, en el dominio del comercio, y que de una u otra manera eran los responsables de la destrucción de la incipiente manufactura que en un momento pudo darse en el territorio nacional. El Estado Soberano de Santander por ejemplo era el paraíso florido de los pequeños comerciantes, de los inmigrantes alemanes, de pequeños, medianos y grandes terratenientes que hacían y forjaban su capital a expensas de las masas campesinas; a expensas de los negociados con el Estado. Las grandes obras de colonización, las aperturas de los caminos públicos, de las actividades de importación y exportación del tabaco, de la quina y del añil eran monopolizadas por estos caudillos que como señores y dueños de haciendas, de Estados, de vidas y bienes, lograban la expoliación del trabajo humano de miles de campesinos, a los cuales arrastraban a sus guerras, en procura de la defensa de sus privilegios o de las conquistas de nuevos privilegios dentro del Estado Federal o contra los mismos sectores de terratenientes y de comerciantes que se movían en uno u otro de los llamados Estados soberanos.

Pero paradójicamente, por vez primera, esa Constitución informaba al ordenamiento jurídico nacional, las quimeras del Estado liberal burgués, las quimeras del liberalismo, las quimeras de la burguesía francesa, las quimeras de los fundadores de los Estados Unidos de Norte América. A través de esta Constitución de Rionegro llegaron, traídas, abstractas y abstrusamente a cada uno de los Estados soberanos y a la Constitución federal de 1.863.

Las libertades públicas, por primera vez, al menos teóricamente, fueron consagradas en el capítulo II, Sección II, como base de la unión de las garantías, de los derechos individuales. Decía el artículo 15 de la Constitución de Rionegro: "Es base esencial e inviolable de la unión entre los Estados, el reconocimiento y la garantía, por parte del gobierno general y de los gobiernos de todos y cada uno de los Estados, de los derechos individuales que pertenecen a los habitantes y transeúntes de los Estados Unidos de Colombia a saber: la inviolabilidad de la vida humana, en virtud de lo cual el gobierno general y el de los Estados se comprometen a no decretar en sus leyes la pena de muerte; no ser condenados a pena corporal por más de diez años; la libertad individual que no tiene más límites que la libertad de otro individuo, es decir, la facultad de hacer u omitir todo aquello de cuya ejecución u omisión no resulte daño a otro individuo o a la comunidad; la seguridad personal; la propiedad; la libertad absoluta de imprenta y de circulación de impresos, así nacionales o extranjeros; la libertad de expresar sus pensamientos de palabra o por escrito sin limitación alguna; la libertad de viajar en el territorio de los Estados Unidos de Colombia (obviamente, porque a los de Norteamérica, no podemos) y de salir de él sin necesidad de pasaporte ni permiso de ninguna autoridad, en tiempo de paz, siempre que la autoridad judicial no haya decretado el arraigo del individuo; la libertad de ejercer toda industria y trabajar sin usurpar la industria de otro; la igualdad, y en consecuencia no es lícito conceder privilegios o distinciones legales que se dan en puro favor o beneficio de los agraciados, ni imponer obligaciones especiales que hagan a los individuos a ella sujetos de peor condición que los demás; la libertad de dar o recibir instrucción; el derecho de obtener pronta resolución a las peticiones; la inviolabilidad del domicilio y los escritos privados; la libertad de asociarse sin armas; la libertad de tener armas y municiones y de hacer el comercio de ellas en tiempo de paz; la profesión libre, pública y privada de cualquier religión, con tal que no ejecuten hechos incompatibles con la soberanía nacional o que tengan por objeto turbar la paz" (6). Este catálogo no era más que la traslación teórica de las quimeras del liberalismo a estos laboratorios que fueron los Estados soberanos, y en especial el Estado Soberano de Santander.

Y en este laboratorio se ensayó el librecambismo, en este laboratorio se ensayó el *laissez faire*, *laissez passere*; en este laboratorio se portaba, comerciaba, fabricaba y distribuía armas y se generaban insurrecciones; en este laboratorio se ensayaron por primera vez en este país el ejercicio de las libertades individuales hoy casi desaparecidas y en mucho conculcadas.

A la Constitución de Rionegro se le pretende acusar de la anarquía que se sucitó en el territorio nacional en el siglo XIX y en especial desde 1.830 hasta el año 85; se pretende culpar al régimen federal por las continuas guerras civiles entre los Estados soberanos, entre éstos y la federación; pero se está culpando indebidamente al estatuto jurídico, a quienes lo promulgaron y a quienes idealistamente nos dieron a probar las deliciosas quimeras de la libertad burguesa, de algo que era producto más del desarrollo de la sociedad, de las fuerzas sociales y de las relaciones de domi-

(6) Constitución de Rionegro, en constituciones de Colombia Pombo y Guerra, Banco Popular, Bogotá, 1986, 4ª edición, C IV, Pág. 131.

nación. La estructura de la Constitución de Rionegro no es más o menos anarquizante que lo que pueda ser la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica; entonces la calentura no está en las sábanas; la anarquía que se vivía en este país en la mitad de siglo XIX no era culpa del ordenamiento jurídico, simplemente él la expresaba; la anarquía se debía al evidentemente proceso anárquico de inserción de estas naciones en el desarrollo capitalista mundial, al proceso de destrucción de las formas productivas autóctonas, al proceso de destrucción de los organismos coloniales, sin que hubiesen sido sustituidos por otros órganos de poder, por unas clases autóctonamente constituidas y por un aparato productivo que diera cuenta de nuestro quehacer en la transformación de la naturaleza.

La anarquía no era producto constitucional; la anarquía constitucional era reflejo de anarquía social; la dominación de las clases no se había expresado en un dominio hegemónico de una cualesquiera de ellas o de un sector de ellas; periódicamente las relaciones de poder cambian de acuerdo a los intereses de los comerciantes, de los terratenientes o de los artesanos; el crisol de la guerra llevó a que estos intereses se fundieran en uno solo junto con el gran capital monopolista internacional en los albores del siglo XX; es decir, que mientras ningún sector de clase dominante en este país pudo imponer su hegemonía, el Estado estuvo en los vaivenes de la federación al centralismo, del centralismo a la federación, de la autocracia, de la dictadura y militarismo al civilismo leguleyista; esto es, que la sociedad no lograba un cauce jurídico homogéneo porque en la sociedad no se expresaba una relación de dominación homogénea.

Fue en la fusión de las capas dominantes de la población, de los intereses de los terratenientes con los intereses de los comerciantes, en la destrucción de cualquier posibilidad de expresión de los intereses sociales de los artesanos y en la prescripción absoluta de las libertades individuales para las clases desposeídas y para el proletariado, que se va a generar a partir de los años 30 del presente siglo, que la dominación de clase puede plantearse ya con un equilibrio, con una determinación hegemónica y obtiene un cauce constitucional adecuado para expresarse.

No fue entonces ni la estructura federal, ni la consagración de los derechos democráticos liberales burgueses en la constitución de Rionegro, ni el rígido procedimiento complejo para su reforma (requería la anuencia de las mayorías de los representantes de los estados federales y la ratificación por sus legislaturas particulares), ni la ausencia de una administración homogénea debido al período limitado del mandato del Presidente de la República (era en esa época de dos años) los que dieran al traste con la Constitución de Rionegro de 1863. (LA SEGUNDA PARTE EN LA PROXIMA EDICION).

Conferencia dictada por LAUREANO GOMEZ SERRANO, en la Biblioteca Pública Gabriel Turbay (XI-21-1986) dentro del programa centenario de la Constitución, realizado por el Banco de la República.