

ISSN 0120-8578



UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA

Temas Socio-jurídicos

Facultad de Derecho

CENTRO DE INVESTIGACIONES



*Encarnación Cala. Tejedora de Algodón
El Algodón en Santander. Pierre Raymond,
Banco de la República.*



UNIVERSIDAD
AUTONOMA DE
BUCARAMANGA



**CENTRO DE INVESTIGACIONES
TEMAS SOCIO-JURIDICOS
FACULTAD DE DERECHO**

**TABLA
DE CONTENIDO**

ISSN 0120 — 8578

Vol. 10 N° 24 1991

PRESENTACION	5
A MI CIUDAD NATIVA Alirio González Castillo	7
METODO Y TECNICAS EN CIENCIAS SOCIALES Luz Teresa Gómez Mantilla	8
VIOLENCIA AGRESION Y TERRORISMO Roberto Serpa Flórez	20
INTERVENCION DE ALFONSO GOMEZ GOMEZ	32
REFORMAS AL REGIMEN PROBATORIO SEGUN EL DECRETO 2282 DE 1989 Daniel Suárez Hernández	38
EL CONGRESO QUE QUEREMOS Raúl Pacheco Blanco	54
LA JUSTICIA Y SUS REFORMAS Rafael Gutiérrez Rivero	62

CENTRO DE INV TEMAS SOC JUR FAC DE DERECHO	Bucaramanga (Col)	Vol. 10	N° 24	p.p. 174	Mayo 1991	ISSN 0120 — 8578
--	----------------------	---------	-------	----------	-----------	------------------

EL ESTADO DE SITIO Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL
Hernán Prada Niño 78

ACERCA DE LA PENA DE MUERTE
Rodolfo Mantilla Jácome 85

LA INFORMATICA JURIDICA EN EL DERECHO PENAL Y
PROCESAL PENAL —UN ENSAYO—
Miguel Angel Pedraza Jaimes 88

APROXIMACIONES AL TEMA DEL ABORTO
María del Rosario Romero C. 92

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE
SANTANDER Y EL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA
RESOLUCION 877 DE DICIEMBRE 30 DE 1985, MUNICIPIO
DE BUCARAMANGA.
Solange Blanco Villamizar, Cecilia Medina Rincón, Her-
mes Pacheco Araque. 96

GABRIEL BURGOS MANTILLA
Rector

HERNAN PRADA NIÑO
Secretario

CENTRO DE INVESTIGACIONES

LAUREANO GOMEZ SERRANO
Director

FACULTAD DE DERECHO

RODOLFO MANTILLA JACOME
Decano

MARGARITA ROSA BARRERA GARCIA
Secretaria

DIRECTORES DE DEPARTAMENTO

ALBERTO SUAREZ SANCHEZ
Derecho Penal

JORGE CASTILLO RUGELES
Derecho Privado

JORGE PRADILLA ARDILA
Derecho Público

IVAN SANTOS BALLESTEROS
Derecho Procesal

JORGE EDUARDO LAMO GOMEZ
Derecho Laboral

Comité de Redacción

LAUREANO GOMEZ SERRANO
RODOLFO MANTILLA JACOME
JORGE CASTILLO RUGELES
JORGE PRADILLA ARDILA
ALBERTO SUAREZ SANCHEZ
IVAN SANTOS BALLESTEROS
JORGE EDUARDO LAMO GOMEZ

Editada por:
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO—JURIDICAS

Portada: OFICINA DE COMUNICACIONES UNAB

Fotografía: BANCO DE LA REPUBLICA

Periodicidad: Irregular

Formato: 16 X 21.5

OFICINA DE COMUNICACIONES - 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, SIÑO 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 3° 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

TEMAS SOCIO JURIDICOS, llega a la edición número 24, presentando a la comunidad universitaria el trabajo de los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga y de distinguidos conferencistas, invitados a eventos académicos realizados en esta casa de estudios.

La profesora LUZ TERESA GOMEZ DE MANTILLA, en desarrollo del Seminario de Investigación organizado por el CENTRO DE INVESTIGACIONES, disertó sobre el Método y Técnicas en Ciencias Sociales, trabajo de gran utilidad para los investigadores universitarios.

El profesor ROBERTO SERPA FLOREZ, escribe sobre VIOLENCIA, AGRESION Y TERRORISMO, cuyas reflexiones sobre el fenómeno en Colombia, le permiten bucear en torno a los factores históricos y Culturales que la generan.

Se publica la intervención del profesor ALFONSO GOMEZ GOMEZ, en el acto de presentación del texto sobre FILOSOFIA DEL DERECHO, de GUSTAVO PINZON GONZALEZ, realizado en el Auditorio de la Universidad,

El profesor DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, ha realizado un trabajo sobre las reformas al régimen probatorio, en la legislación procesal civil que entró a regir en el año de 1989.

Con ocasión del debate suscitado en torno a la Reforma Constitucional, el Departamento de Derecho Público programó un ciclo de conferencias, cuyo texto escrito presentamos, obra de los profesores RAUL PACHECO BLANCO "EL CONGRESO QUE QUEREMOS", RAFAEL GUTIERREZ RIVERO "LA JUSTICIA Y SUS REFORMAS", HERNAN PRADA NIÑO "EL ESTADO DE SITIO Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL".

Del departamento de Derecho Penal, nos ha llegado un trabajo sobre LA PENA DE MUERTE, autoría de RODOLFO MANTILLA JACOME, el ensayo de MIGUEL ANGEL PEDRAZA JAIMES sobre LA INFORMATICA JURIDICA EN DERECHO PENAL, y la intervención de la profesora MARIA DEL ROSARIO ROMERO C., en las jornadas Socio-Jurídicas,

organizadas por los estudiantes de la facultad de Derecho, trabajo intitulado APROXIMACIONES AL TEMA DEL ABORTO.

Se presenta a consideración de los lectores, un análisis jurisprudencial elaborado por estudiantes del postgrado en Derecho Público, sobre las Sentencias del Tribunal Administrativo y el Consejo de Estado en relación a la resolución 877 del 30 de diciembre de 1985, del Municipio de Bucaramanga.

Precede la edición, el poema del profesor ALIRIO GONZALEZ CASTILLO, A MI CIUDAD NATIVA.

Bucaramanga, enero de 1991

LAUREANO GOMEZ SERRANO
Director

PRESENTACION

TEMAS SOCIO JURIDICOS, llega a la edición número 24, presentando a la comunidad universitaria el trabajo de los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga y de distinguidos conferencistas, invitados a eventos académicos realizados en esta casa de estudios.

La profesora LUZ TERESA GOMEZ DE MANTILLA, en desarrollo del Seminario de Investigación organizado por el CENTRO DE INVESTIGACIONES, disertó sobre el Método y Técnicas en Ciencias Sociales, trabajo de gran utilidad para los investigadores universitarios.

El profesor ROBERTO SERPA FLOREZ, escribe sobre VIOLENCIA, AGRESION Y TERRORISMO, cuyas reflexiones sobre el fenómeno en Colombia, le permiten bucear en torno a los factores históricos y Culturales que la generan.

Se publica la intervención del profesor ALFONSO GOMEZ GOMEZ, en el acto de presentación del texto sobre FILOSOFIA DEL DERECHO, de GUSTAVO PINZON GONZALEZ, realizado en el Auditorio de la Universidad,

El profesor DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, ha realizado un trabajo sobre las reformas al régimen probatorio, en la legislación procesal civil que entró a regir en el año de 1989.

Con ocasión del debate suscitado en torno a la Reforma Constitucional, el Departamento de Derecho Público programó un ciclo de conferencias, cuyo texto escrito presentamos, obra de los profesores RAUL PACHECO BLANCO "EL CONGRESO QUE QUEREMOS", RAFAEL GUTIERREZ RIVERO "LA JUSTICIA Y SUS REFORMAS", HERNAN PRADA NIÑO "EL ESTADO DE SITIO Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL".

Del departamento de Derecho Penal, nos ha llegado un trabajo sobre LA PENA DE MUERTE, autoría de RODOLFO MANTILLA JACOME, el ensayo de MIGUEL ANGEL PEDRAZA JAIMES sobre LA INFORMATICA JURIDICA EN DERECHO PENAL, y la intervención de la profesora MARIA DEL ROSARIO ROMERO C., en las jornadas Socio-Jurídicas,

organizadas por los estudiantes de la facultad de Derecho, trabajo intitulado APROXIMACIONES AL TEMA DEL ABORTO.

Se presenta a consideración de los lectores, un análisis jurisprudencial elaborado por estudiantes del postgrado en Derecho Público, sobre las Sentencias del Tribunal Administrativo y el Consejo de Estado en relación a la resolución 877 del 30 de diciembre de 1985, del Municipio de Bucaramanga.

Precede la edición, el poema del profesor ALIRIO GONZALEZ CASTILLO, A MI CIUDAD NATIVA.

Bucaramanga, enero de 1991

LAUREANO GOMEZ SERRANO
Director

A MI CIUDAD NATIVA

Alirio González Castillo

Bello poblado de Real de Minas
Haz ya perdido el parroquial encanto
De las veladas de Martínez Mutis
En los rediles de los jesuítas.

Ya no transitan por tus lentas calles
Las mulas del carbón y de la leche
Ni el sueño tardo y fatuo de un tranvía
Ni el cura Pérez con el Santo Viático.

Abortaron parqueaderos los solares
(Antes plenos de juegos y de guayabales)
En bodegas de Fenicio o consultorio
Los caserones de los caballeros.

Se opacaron los maltines y aguinaldos
La misa de doce y la Semana Santa.
De tus nobles solo quedan los bostezos
Sobre el álbum olvidado de un museo.

Cuán heroico evocar por tus senectos
La manga siza y el olor a incienso
Las lúdicas camorras a los Protestantes
Desde el atril ignominado de un Cristero.

No volverán los Ford T ni los caballos
a transitar desde el centro hasta el Mortiño
Ni Aprietapeos ni el Correo Aéreo
A insultar a las criadas y a los niños.

Nadie da razón en qué año y mes naciste
Ni en qué gesta llegaste al heroísmo
Solo de la tez de tus mujeres
Registran las canciones partida de bautismo.

Pues sumidos en la vorticial memoria
De los venerables vates del asilo
Se desintegran tus años señoriales
Y la jartera de los días de fiesta.

Más Bucaramanga espera su torero,
su actor, su Nobel y su audaz canario
¿Y por qué no? registrar en sus recuerdos
Los topacios veteados de este lapidario.

METODO Y TECNICAS EN CIENCIAS SOCIALES

Luz Teresa Gómez Mantilla

"El método es la conciencia relativa a la forma del automovimiento interior de su contenido".

G.W.F. Hegel,
Ciencia de la lógica

Tensionalidad Noseológica, Metodológica y Epistemológica.

a) El qué conocer.

Cuando las diversas teorías sociales se plantean el problema de la relación sujeto-objeto aparece en una primera instancia la necesidad de precisar y definir el qué conocer, como una condición de validación objetiva de la correspondiente teoría y aún de la disciplina misma. En este aspecto de lo noseológico, podríamos decir que se mueve una clara tensionalidad, determinada por los desarrollos de la Ciencia moderna, que recogidas sintéticamente por la reflexión Kantiana podría expresarse de la siguiente manera:

"La razón debe abordar la naturaleza llevando en una mano los principios según los cuales solo pueden considerarse como leyes los fenómenos concordantes y en la otra el experimento que ella haya proyectado a la luz de tales principios (1)

Es decir que la determinación del qué está condicionada por esta polaridad:

Principios	←	→	Experimentación
Tradición			Conocimiento de
Teoría			1 nuevo

El investigador social en la definición de un problema de investigación se ve también impelido por esta polaridad, a buscar las raíces y las fuentes de su problema en una doble perspectiva: por un lado, qué dice la teoría sobre el mismo, qué plantean los científicos de su disciplina, qué desarrollo ha recibido la problemática tradicionalmente, qué han dicho otros. Este polo supone para el investigador el total y cabal conocimiento de las investigaciones anteriores. Supone la apropiación rigurosa de los paradigmas de sus disciplinas así sea esta la psicología, la sociología, el derecho, historia, etc.

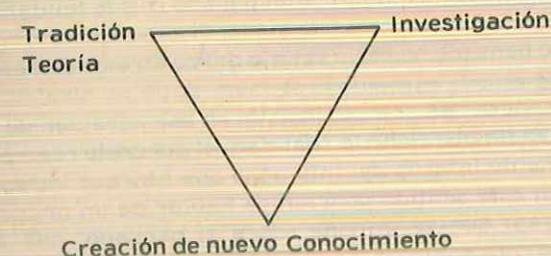
Pero además, su trabajo debe concretarse también en el otro polo, el de lo nuevo, el del descubrimiento, el de los movimientos específicos, el

de la innovación, el de las investigaciones recientes y sobre todo el de sus propias investigaciones.

De esta manera, el investigador está determinado por este doble movimiento que Thomas S. Kuhn desarrolla profundamente en los textos "La Tensión Esencial" y "La Estructura de las Revoluciones Científicas", y que podría sintetizarse de la siguiente manera: La ciencia para desarrollarse necesita la creación, la construcción de nuevos paradigmas, pero estos solo pueden elaborarse si se conocen en su esencia los paradigmas anteriores permitiendo su crítica, ayudada por la experimentación y el conocimiento de nuevo.

En este sentido podríamos decir que la creación de nuevos conocimientos es la superación Hegeliana (AUHEBEN) que supone que se supera, pero que al mismo tiempo se conserva, la tradición de la que se ha salido. Dice Kuhn: "Las Teorías nuevas y en grado creciente los descubrimientos, dentro de las ciencias modernas no ocurren independientemente del pasado, por el contrario surgen de las teorías antiguas y dentro de la matriz de creencias añejas acerca de los fenómenos que el mundo contiene y no contiene" (2)

Si el investigador asume concienzudamente esta tensionalidad, si se sumerge a cabalidad en los desarrollos de su tradición y al mismo tiempo es un investigador de lo nuevo, puede plantearse que la polaridad, que la tensionalidad noseológica se resuelve en la creación de nuevo conocimiento.



Detengámonos un poco en el polo de la investigación. Estamos en la problemática del qué conocer. Aquí es preciso plantear que la realidad se presenta al investigador como concreto: "Lo concreto es concreto porque es la síntesis de múltiples determinaciones, por lo tanto, unidad de lo diverso, aparece en el pensamiento como proceso de síntesis, no como punto de partida, aunque sea el verdadero punto de partida y en consecuencia también de la intuición y la representación" (3).

Según los planteamientos Hegelianos y Marxistas lo concreto es la síntesis de múltiples determinaciones, lo concreto debe ser abordado como totalidad y puede ser abordado como totalidad.

Marx diferencia el concreto real, del concreto pensado. Lo concreto real es la síntesis de múltiples determinaciones de la realidad, de múl-

1. Kant, E. Crítica de la Razón Pura. Ediciones Alfagrara, Madrid 1978.

2. Kuhn, La tensión esencial F.C.E. México, 1977, Pág: 257

3. Marx. Elementos fundamentales para la crítica de la Economía Política Borrador. Ed. Siglo XXI, México 1980, p. 21.

tiples contradicciones de la realidad, que no se presentan como multiplicidad caótica, sino como multiplicidad estructurada alrededor de contradicciones principales. El qué conocer está entonces inscrito en el marco de la totalidad concreta, de un todo complejo que no se constituye por yuxtaposición y adición sino por movimiento y superación de contradicciones. No es un todo vacío que el investigador llena de determinaciones, sino la totalidad del movimiento que involucra también al investigador con su ser social y con su conciencia.

Este elemento supone para el investigador el reto de la investigación interdisciplinaria, porque el aporte al conocimiento de una contradicción específica, que puede dar una determinada disciplina debe ser complementado y cuestionado por otros.

Debemos entonces conocer lo concreto real. Ubicar en él lo que es principal y hacerlo interdisciplinariamente.

Decíamos que Marx diferencia el concreto real del concreto pensado. La única forma como el hombre conoce es por medio de su pensamiento. El concreto pensado es también la síntesis de múltiples determinaciones pero en el pensamiento; y por ser en el pensamiento su determinación es cualitativamente diferente del concreto real. En él no se mueve la totalidad real, en él se mueven categorías. Desde las menos determinadas: Categorías simples hasta las más determinadas, y llenas de cualidades: Categorías concretas. La totalidad del pensamiento debe construirse a partir del concreto real pero es diferente del concreto real pues puede prever el movimiento futuro, analizar el pasado ir a lo fundamental, descubrir sus leyes.

El concreto pensado no es un reflejo del concreto real, es una construcción a partir de él.

En el qué conocer es preciso insistir en ese carácter de determinante en última instancia que tiene la realidad, el concreto real, pues son las leyes de movimiento interno del mismo lo que hay que indagar, lo que hay que buscar; en este sentido podríamos hablar de un primado ontológico del concreto real que se impone sobre el pensado, que determina las construcciones conceptuales.

La historia de la Filosofía es un permanente debate sobre la relación sujeto cognoscente-objeto. Unos toman partida por el sujeto, otros por el objeto, en el momento de determinar cuál debe ser el comienzo de la ciencia. Tomemos partido por el movimiento de lo real, por el concreto real que con sus cualidades y leyes debe imponer el camino que debe seguirse en su búsqueda.

En términos de Habermas tomemos partida por el mundo de vida, porque es a partir de él, donde puede construirse cualquier reflexión científica. Se trata de encontrar las contradicciones fundamentales de la totalidad concreta como particular y esto nos introduce de lleno en la problemática del método.

b. El cómo conocer.

El camino señalado por la lógica dialéctica Hegeliana plantea una tensionalidad a mi modo de ver válida. Para Hegel el conocimiento solo se consigue como síntesis de lo universal y lo individual en lo particular.

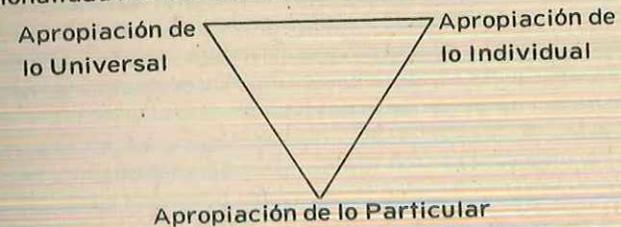
Lo universal como totalidad abstracta de lo general, nacida y

construida a partir de lo individual, porque "no hay nada en el todo que no esté en las partes" y porque el individuo es una manifestación de lo universal.

El método consiste entonces en apropiarse de lo universal, en ir a lo individual también para apropiárselo, pero en trascenderlos a los dos en la precisión de lo que Hegel llamó lo particular.

Lo particular es la síntesis de los dos aspectos. Lo particular no es la individualidad simple, sino que resulta como concreto de la síntesis de múltiples determinaciones estructuradas que articulan en una totalidad particular, lo universal en sus manifestaciones individuales.

La tensionalidad metodológica será entonces:



Esta concepción metodológica nos llevará entonces a no generalizar el experimento único, a no universalizar el estudio de caso específico, pero sí a encontrar en uno y en otro, aquello que los vincula con experimentos y casos de su misma especie. Se trata de ir a lo concreto y mirarlo como síntesis.

Un problema de investigación particular tendría así el valor de ser manifestación concreta de otros muchos problemas similares, de contener las leyes de lo general en un caso específico. Será una manifestación de la totalidad, pero al ser una, rescatará su carácter individual y sus manifestaciones concretas.

Un estudio de caso por ejemplo en las ciencias sociales tendrá toda la vigencia y la importancia en el desarrollo de una disciplina, siempre y cuando se lo apropie y se lo trascienda; insistamos en que la verdadera apropiación solo puede ser interdisciplinaria y solo este carácter (interdisciplinario) garantizará la trascendencia y la validación de las disciplinas particulares, porque cada uno solo puede afianzar su identidad, la determinación de su objeto y las características de su método en contraste con las otras. Los paradigmas científicos se han ido construyendo en este proceso de síntesis. Las leyes generales son el resultado de la apropiación de lo singular en aquello que tienen de común con los hechos o experimentos de su mismo género. La superación de los paradigmas ha sido el resultado de un trabajo en las individualidades, primero descriptiva y luego analíticamente, hasta ir las estudiando en lo que tienen de común con otras individualidades. El carácter exterior de las leyes solo ha sido posible gracias al trabajo intensivo en las individualidades vistas como particulares. Nuevamente se generaliza para retornar a lo específico, para ser comprobado o refutado.

En este punto podríamos decir con Marx que: "Las categorías abstractas, a pesar de su validez para todas las épocas... son el fruto de

condiciones históricas concretas y tienen plena validez solo dentro de sus límites" (4).

En la tensionalidad metodológica el resultado es la apropiación de particulares como síntesis de lo universal y lo individual.

El cumplimiento cabal de este proceso solo es posible en la investigación, haciendo que cada investigador se convierta en un miembro de la comunidad científica, que pueda contrastar los resultados de sus estudios internacionalmente. Es por esto que la tarea prioritaria en un país del "tercer mundo" es hacer de la investigación una labor de las mayorías universitarias y no de profesores aislados y sin recursos, porque solo así logrará la capacidad para un desarrollo profesional autónomo.

En consecuencia investigación eficaz solo puede estructurarse alrededor de programas de investigación que articulen diversos problemas aún diversos enfoques. La constitución de equipo interdisciplinarios es la única posibilidad de apropiación de lo particular.

Por otro lado, la tensionalidad metodológica es el momento para hablar de las técnicas de investigación. Estas han sido entidades como el momento de la medición de un concepto de sus manifestaciones particulares.

Como los instrumentos que posibilitan y median el vínculo entre el investigador y la realidad. Si bien estos instrumentos son necesarios y válidos deben enfocarse en su papel instrumental y su relación no solamente es la medición cuantitativa sino con la MEDIDA.

La medida es en términos hegelianos el traspaso entre la cualidad y la cantidad; donde la cualidad es la primera e inmediata determinación. Esto quiere decir que siempre que estamos midiendo lo que medimos no son magnitudes sino cualidades. En la investigación sociológica se cae con frecuencia en el error de identificar la medición cuantitativa resultante de la utilización de determinadas técnicas sociométricas, con la medida (que como hemos dicho es el traspaso entre lo cualitativo y lo cuantitativo). Quedándose solo en aspecto de la cantidad, se pierde la posibilidad de llegar a la esencia de los problemas. Una verdadera MEDIDA se logra cuando se capta la esencia de un concreto real para lo que no basta la aplicación de una conducta, o de una escala. Estas técnicas son útiles en la apropiación de partes específicas de la realidad pero solo como momentos de la MEDIDA que solo puede conseguirse cuando se aprehende el concreto real como concreto pensado y al ser síntesis de múltiples determinaciones solo se puede aprehender interdisciplinariamente, la medición cuantitativa nos puede aproximar al dato, la MEDIDA nos permite la aprehensión del concreto real y la construcción del concreto pensado.

No pretendo con esto demeritar de ninguna manera la medición cuantitativa, pues toda cualidad aparece en determinada cantidad, Hegel mismo señalará que la cantidad es la verdad de la cualidad, pero sí enfatizar en el papel determinante de la cualidad, del movimiento contradictorio de las cualidades de sus permanentes traspasos y mutaciones.

4. K. Marx, Introducción a la Crítica de la Economía Política. Bogotá, 1943, página 71.

Quisiera señalar también aquí que la concepción cuantitativa ha reducido el universo metodológico a la trilogía Unidades--> Variables--> Valores considerando los primeros como objetos inmodificables o como sujetos ahistóricos y las segundas como propiedades de una realidad estática. Considero que aquí podríamos plantear más bien:

Relación objeto Sujeto Contradicciones históricas medida.
La relación sujeto objeto determinará más que un objeto que se estudia, más que una unidad que se predetermina, el traspaso existente entre lo cognoscente y lo conocido, entre el concreto real y el concreto pensado.

La contradicción supera la inmovilidad de la variable que a pesar de su nombre recibe en la mayoría de los casos el tratamiento de invariable, supera por esto los momentos de la identidad, de la diferencia y de la posición, en el traspaso de los contrarios. Y la categoría de medida al traspasar lo cualitativo y lo cuantitativo, da a cada uno de estos momentos el significado, el contenido que les corresponde.

Este proceso permite de manera más segura una apropiación de la esencia de un problema, entendida como la contradicción principal del mismo. Es importante aquí diferenciar el método de investigación del método de exposición; al respecto señala Carlos Marx que el postfacio a la segunda edición del capital:

"Claro está que el método de exposición debe distinguirse formalmente del método de investigación. La investigación ha de tender a asimilarse en detalle la materia investigada, a analizar sus diversas formas de desarrollo y a descubrir sus leyes internas. Solo después de coronada esta labor puede el investigador proceder a exponer adecuadamente el movimiento real". (5)

El método de investigación supone entonces la apropiación de las múltiples relaciones y determinaciones del concreto real, pero no como totalidad caótica sino como totalidad estructurada donde hay que encontrar la contradicción principal y una vez hallada ésta todas las demás deben articularse. Ahora bien la esencia no se presenta de inmediato, es encontrada a partir de la oposición.

La precisión de este movimiento permite posteriormente realizar la exposición que debe tener como comienzo el principio o sea la esencia del concreto real estudiado; al respecto señala Marx en el texto anteriormente citado:

"Solo después de coronada esta labor (la investigación) puede el investigador proceder a exponer adecuadamente el movimiento real: Y si sabe hacerlo y conseguirlo reflejar idealmente en la exposición la vida de la materia, cabe siempre la posibilidad de que se tenga la impresión de estar ante una construcción a priori". (6)

En el capital por ejemplo Marx convierte el principio del capitalismo: La producción de mercancía, también en comienzo de la exposición y por eso señala que este comienzo puede ser considerado a priori si no se tiene en cuenta que para el proceso de exposición es preciso presuponer el proceso de investigación.

5. C. Marx. El Capital. (Fondo de Cultura) Económica, México 1975 P. XXIII.

6. C. Marx (idem).

La exposición no es algo acabado sino tiene que volver a ser confrontada en la investigación en un permanente proceso: Investigación - exposición - investigación - exposición - investigación, aquí cabe señalar el carácter de los marcos teóricos como el resultado de este proceso y no como la simple mecánica o transposición acomodada de textos escritos en otros contextos. El investigador se ve abocado entonces en la responsabilidad de construir su propia teoría en relación con el problema de investigado; partiendo de lo real ésta es la posibilidad de hacer avanzar la frontera del conocimiento: La creación de teoría sobre los particulares.

En este proceso de la construcción teórica es necesario tener en cuenta la advertencia que hacía Francis Bacon en 1620 en el *Novum Organum*: "Por otra parte, en los usos y estatutos de las escuelas, academias, colegios y establecimientos semejantes destinados a ser la sede de hombres doctos y al cultivo de la ciencia se encuentra todo lo que es contrario al progreso de las ciencias. Pues las lecciones y ejercicios están dispuestos de tal manera que difícilmente puede ocurrírsele a nadie pensar algo distinto de lo acostumbrado. Pues los estudios de los hombres en estos centros están encerrados en los escritorios de algunos autores como en cárceles y si alguno disiente de ellos, inmediatamente se le acusa de hombre turbulento y revoltoso". (7)

Pasados casi cuatro siglos esta observación tiene una vigencia abrumadora en nuestro medio.

c) Para qué conocer.

Si se pregunta sobre el para qué del conocimiento, se reflexionará sobre su validez, en este sentido tomaremos el término epistemología sobre este aspecto de la validez es mucho lo que las diversas corrientes de la Filosofía y de las Ciencias Sociales han hablado, cada una validando, por así decirlo, su propia concepción de validez y moviéndose por un lado en la necesidad explicativa de la ciencia y por el otro en la necesidad de comprensión y captación de los sentidos particulares; estos dos aspectos son los polos constitutivos de lo que llamamos la tensionalidad Epistemológica.

Tendríamos entonces que el conocimiento es para explicar o que el conocimiento es para comprender.

Analicemos el primer elemento. La búsqueda de explicación se ha constituido en la posibilidad de validación de las ciencias como tales; en el sentido de que la explicación permite la formulación de leyes universales y necesarias. Ese camino fue recorrido por las ciencias naturales y posteriormente cuando surgen las ciencias sociales, intentan seguir rigurosamente estos métodos que garantizaban la generalidad. La sociología por ejemplo acude a métodos de la Biología o de la Física y el mismo Augusto Comte, fundador de la disciplina, la define como una física social. Este plano de la ley de la explicación causal, es recorrido por cada una de las ciencias de manera indefectible, buscando su autoafirmación.

7. Bacon, Francis, *Novum Organum*. Editorial Losada, Buenos Aires 1949., Pág. 133.

En el caso de las ciencias del hombre la posibilidad de la ley tropieza con un obstáculo, que cuestiona toda la posibilidad de su estructura: Cómo es posible la generalidad si la realidad social es múltiple y está en permanente movimiento? Cómo conciliar universalidad y causalidad con la multiplicidad de movimientos de la realidad en sus diferentes contextos históricos? La solución la consiguen mostrando el carácter tendencial, estocástico de estas leyes. Marx señala al respecto lo siguiente: "Las categorías más abstractas a pesar de su validez —precisamente debido a su naturaleza abstracta— para todas las épocas, son no obstante, en lo que hay de determinado en esta abstracción, el producto de condiciones históricas y poseen plena validez solo para estas condiciones y dentro de sus límites. (8)

Podríamos decir aquí que se trata de la construcción de leyes de lo particular en el sentido dado a este concepto en la tensionalidad metodológica. De leyes que son el traspaso entre la universalidad y la individualidad y por eso pueden expresar los movimientos de diversos contextos particulares. El hacer avanzar una disciplina dependen justamente de la formulación de estas leyes, que como expresión y síntesis del movimiento del concreto pensado, articulan, traspasan y desarrollan las categorías simples y las categorías concretas.

Carlos Marx en el texto anteriormente mencionado habla de que no se trata de "llenarse" de lo simple a lo concreto, este, llevarse no tiene el carácter de llenarse, sino de llenarse de determinaciones y de contenidos, de enriquecer las categorías simples con las múltiples determinaciones de la realidad. En el concreto pensado ese proceso que describíamos como investigación - exposición - investigación, se manifestaría como categorías simples-->categorías concretas-->categorías simples-->categorías concretas, en un traspaso permanente entre lo objetivo y lo subjetivo.

Pero el conocimiento no es solo explicativo, el conocimiento es también necesario para comprender. La comprensión implica la aprehensión de la diversidad, de la individualidad, de lo no probado en el laboratorio, de los aspectos ocultos, de las irracionalidades, de lo que está por descubrir. Debe abocar lo tácito, el sentido no manifiesto, los valores, la comprensión va a los sujetos concretos y determinados e intenta captar el sentido de sus acciones remitiéndolos al contexto social en que se inscriben.

El polo de la explicación es necesario para colocarnos en los contextos generales de comprensiones anteriores, pero no es suficiente. La acción del hombre no es exclusivamente racional, hay acciones por afecto, por tradición, por valores. La cultura y la razón solo pueden entenderse si se aprehenden las subculturas y lo irracional.

Ahora bien, el proceso de comprensión es un proceso lingüístico y la apropiación de este carácter lingüístico supone la ubicación en el contexto hermenéutico porque como los dice Hans Georg Gadamer: "Todo lo que hay que presuponer en la hermenéutica es únicamente lenguaje. (9)

La reflexión de Heidegger ha demostrado que la comprensión no es

8. C. Marx, "Elementos fundamentales para la crítica de la Economía Política" Ed. Siglo XXI México 1980 Pág. 27.

9. G. GADAMER, "Verdad y Método" Ediciones Sígueme, Salamanca, 1977.

uno de los modos de comportamiento del sujeto, sino el modo propio de ser del sujeto, del estar ahí como sujeto. El comprender supone la interlocución, supone el ponerse de acuerdo sobre algo. Y más que el traspaso entre los interlocutores, así sean estos hablantes directos, o un investigador que pretende apropiarse de una realidad subjetiva documentalmente, supone un ponerse de acuerdo con la cosa, o sea con el sentido objetivo, que una determinada acción o expresión tuviera al realizarse o al ser emitida.

En consecuencia la hermenéutica solo puede darse con determinadas condiciones históricas. Comprender no es solo apropiarse de una opinión, o reconocer lo consagrado por la tradición, o encontrar la validez y la certeza exigida por la metodología científica, sino rastrear la experiencia de la verdad, con su multiplicidad de componentes racionales e irracionales, es seguir el proceso de la cosa para ponerse de acuerdo con ella. El lenguaje es por lo tanto el medio en que se realiza el acuerdo de los interlocutores y el consenso sobre la cosa.

Ahora bien, el lenguaje accede a su verdadera espiritualidad cuando se hace escrito porque en la escritura el lenguaje se hace siempre presente, se trata de apropiarse de la traducción escrita pero también de trascender por escrito.

Lo escrito rompe la individualidad del escritor y lo proyecta universalmente. Lo escrito se convierte en mojón sobre lo que se puede avanzar, por decirlo así, en "precipitado válido" que permite continuar sobre la base de lo dicho aún por interlocutores ausentes" lo escrito es el punto de partida para llevar la discusión al plano de lo racional y para hacer posible la vuelta sobre la realidad para reorientar y mejorar el mundo de la vida.

El proceso investigación - exposición debe ser un proceso permanente de escritura, desde los menos desarrollados de un diario de campo por ejemplo, hasta los más sistemáticos de la presentación de informes y la construcción del marco teórico.

Nuestra cultura universitaria no es una cultura de escritura, de confrontación permanente por escrito de nuestras problemáticas y esto evidentemente nos pone en desventaja frente a científicos de otros países. Aparece aquí un reto y un programa para el investigador, no solamente apropiarse, hacer presente otras escrituras, otros textos sino también escribir y hacer posible su escritura para otros contextos, ya que la lectura comprensiva no es la repetición de algo pasado, sino participación en un sentido presente, teniendo sentido de lo objetivo, de la captación de las verdaderas intenciones, y de las motivaciones profundas del interlocutor.

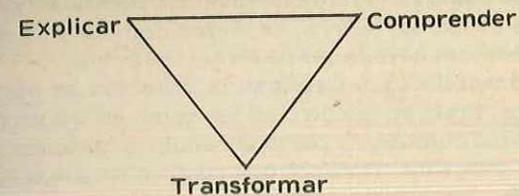
Una de las tesis centrales del libro "Teoría de la acción comunicativa" de J. Habermas se plantea precisamente alrededor de este carácter objetivo de la comprensión al plantear que la posibilidad del desarrollo de las ciencias sociales dependerá fundamentalmente de su vínculo, más bien de su traspaso con el mundo de la vida. Pues todo conocimiento científico se mueve en los contextos de racionalidad del mundo de la vida.

Pero en la tensionalidad epistemológica tanto el polo de la explicación como el polo de la comprensión requieren una solución a su oposición.

Para qué conocer? Para explicar, para comprender, sí, pero funda-

mentalmente para transformar la realidad.

La tensionalidad epistemológica quedará entonces resuelta así:



Esta transformación debe ser entendida en el sentido de Praxis que Marx sintetiza en la tesis sobre Fuerbach "Los Filósofos se han limitado a interpretar el mundo de diversos modos; de lo que se trata es de transformarlo". C. Marx (II Tesis sobre Fuerbach).

De nada serviría tener todas las leyes y explicaciones de los posibles movimientos del mundo o captar a profundidad los sentidos individuales si no se da una transformación de la realidad.

En este proceso dialéctico la verdadera explicación y la comprensión, mejor la verdad de la explicación y la comprensión solo se da con la transformación de la realidad, pues es gracias a ese movimiento que surgen las nuevas leyes y los sentidos profundos y tal vez ocultos para la comprensión.

Ahora bien, el investigador también es fruto de esta transformación. La praxis produce la validación del conocimiento y al mismo tiempo genera nuevas preguntas en un proceso ininterrumpido que es el que construye el investigador.

Este planteamiento sobre la validez del conocimiento, plantea a los investigadores colombianos una responsabilidad ética, nacional y política.

En el plano de las ciencias sociales el camino por recorrer es largo, pues la diversidad de la problemática para resolver es abrumadora. Por lo tanto no podemos perdernos en la investigación de problemas secundarios, o desarticulados de la totalidad de la problemática nacional.

Los intelectuales colombianos tenemos entonces el reto de constituirnos en una élite con vocación nacionalista.

Para los que tenemos que apropiarnos de los desarrollos de la ciencia internacional, sentirnos y hacernos parte de la comunidad científica y partiendo de las propias condiciones, propiciar formas concretas de apropiación del conocimiento que posibiliten la explicación, la comprensión y con ello la precisión racional.

Puede decirse que la constitución de una élite intelectual con vocación nacionalista se constituye entonces en países como el nuestro, en prioridad fundamentalmente para ascender por la escala del desarrollo. Una élite con rigurosa disciplina para apropiarse del conocimiento, suficiente imaginación y creatividad para construir nuevo saber, con pasión por aplicar ese saber a la realidad nacional para transformarla. La intelectualidad debe constituir una fuerza autónoma como elemento de soberanía nacional, se hace imperativo crear las condiciones académicas, institucionales y económicas para fortalecer el desarrollo científico de las diversas disciplinas y profesiones.

condiciones históricas concretas y tienen plena validez solo dentro de sus límites" (4).

En la tensionalidad metodológica el resultado es la apropiación de particulares como síntesis de lo universal y lo individual.

El cumplimiento cabal de este proceso solo es posible en la investigación, haciendo que cada investigador se convierta en un miembro de la comunidad científica, que pueda contrastar los resultados de sus estudios internacionalmente. Es por esto que la tarea prioritaria en un país del "tercer mundo" es hacer de la investigación una labor de las mayorías universitarias y no de profesores aislados y sin recursos, porque solo así logrará la capacidad para un desarrollo profesional autónomo.

En consecuencia investigación eficaz solo puede estructurarse alrededor de programas de investigación que articulen diversos problemas aún diversos enfoques. La constitución de equipo interdisciplinarios es la única posibilidad de apropiación de lo particular.

Por otro lado, la tensionalidad metodológica es el momento para hablar de las técnicas de investigación. Estas han sido entidades como el momento de la medición de un concepto de sus manifestaciones particulares.

Como los instrumentos que posibilitan y median el vínculo entre el investigador y la realidad. Si bien estos instrumentos son necesarios y válidos deben enfilarse en su papel instrumental y su relación no solamente es la medición cuantitativa sino con la MEDIDA.

La medida es en términos hegelianos el traspaso entre la cualidad y la cantidad; donde la cualidad es la primera e inmediata determinación. Esto quiere decir que siempre que estamos midiendo lo que medimos no son magnitudes sino cualidades. En la investigación sociológica se cae con frecuencia en el error de identificar la medición cuantitativa resultante de la utilización de determinadas técnicas sociométricas, con la medida (que como hemos dicho es el traspaso entre lo cualitativo y lo cuantitativo). Quedándose solo en aspecto de la cantidad, se pierde la posibilidad de llegar a la esencia de los problemas. Una verdadera MEDIDA se logra cuando se capta la esencia de un concreto real para lo que no basta la aplicación de una conducta, o de una escala. Estas técnicas son útiles en la apropiación de partes específicas de la realidad pero solo como momentos de la MEDIDA que solo puede conseguirse cuando se aprehende el concreto real como concreto pensado y al ser síntesis de múltiples determinaciones solo se puede aprehender interdisciplinariamente, la medición cuantitativa nos puede aproximar al dato, la MEDIDA nos permite la aprehensión del concreto real y la construcción del concreto pensado.

No pretendo con esto demeritar de ninguna manera la medición cuantitativa, pues toda cualidad aparece en determinada cantidad, Hegel mismo señalará que la cantidad es la verdad de la cualidad, pero sí enfatizar en el papel determinante de la cualidad, del movimiento contradictorio de las cualidades de sus permanentes traspasos y mutaciones.

4. K. Marx, Introducción a la Crítica de la Economía Política. Bogotá, 1943, página 71.

Quisiera señalar también aquí que la concepción cuantitativa ha reducido el universo metodológico a la trilogía Unidades--> Variables--> Valores considerando los primeros como objetos inmodificables o como sujetos ahistóricos y las segundas como propiedades de una realidad estática. Considero que aquí podríamos plantear más bien:

Relación objeto Sujeto Contradicciones históricas medida.

La relación sujeto objeto determinará más que un objeto que se estudia, más que una unidad que se predetermina, el traspaso existente entre lo cognoscente y lo conocido, entre el concreto real y el concreto pensado.

La contradicción supera la inmovilidad de la variable que a pesar de su nombre recibe en la mayoría de los casos el tratamiento de invariable, supera por esto los momentos de la identidad, de la diferencia y de la posición, en el traspaso de los contrarios. Y la categoría de medida al traspasar lo cualitativo y lo cuantitativo, da a cada uno de estos momentos el significado, el contenido que les corresponde.

Este proceso permite de manera más segura una apropiación de la esencia de un problema, entendida como la contradicción principal del mismo. Es importante aquí diferenciar el método de investigación del método de exposición; al respecto señala Carlos Marx que el postfacio a la segunda edición del capital:

"Claro está que el método de exposición debe distinguirse formalmente del método de investigación. La investigación ha de tender a asimilarse en detalle la materia investigada, a analizar sus diversas formas de desarrollo y a descubrir sus leyes internas. Solo después de coronada esta labor puede el investigador proceder a exponer adecuadamente el movimiento real".(5)

El método de investigación supone entonces la apropiación de las múltiples relaciones y determinaciones del concreto real, pero no como totalidad caótica sino como totalidad estructurada donde hay que encontrar la contradicción principal y una vez hallada ésta todas las demás deben articularse. Ahora bien la esencia no se presenta de inmediato, es encontrada a partir de la oposición.

La precisión de este movimiento permite posteriormente realizar la exposición que debe tener como comienzo el principio o sea la esencia del concreto real estudiado; al respecto señala Marx en el texto anteriormente citado:

"Solo después de coronada esta labor (la investigación) puede el investigador proceder a exponer adecuadamente el movimiento real: Y si sabe hacerlo y conseguirlo reflejar idealmente en la exposición la vida de la materia, cabe siempre la posibilidad de que se tenga la impresión de estar ante una construcción a priori".(6)

En el capital por ejemplo Marx convierte el principio del capitalismo: La producción de mercancía, también en comienzo de la exposición y por eso señala que este comienzo puede ser considerado a priori si no se tiene en cuenta que para el proceso de exposición es preciso presuponer el proceso de investigación.

5. C. Marx. El Capital. (Fondo de Cultura) Económica, México 1975 P. XXIII.

6. C. Marx (idem).

uno de los modos de comportamiento del sujeto, sino el modo propio de ser del sujeto, del estar ahí como sujeto. El comprender supone la interlocución, supone el ponerse de acuerdo sobre algo. Y más que el traspaso entre los interlocutores, así sean estos hablantes directos, o un investigador que pretende apropiarse de una realidad subjetiva documentalmente, supone un ponerse de acuerdo con la cosa, o sea con el sentido objetivo, que una determinada acción o expresión tuviera al realizarse o al ser emitida.

En consecuencia la hermenéutica solo puede darse con determinadas condiciones históricas. Comprender no es solo apropiarse de una opinión, o reconocer lo consagrado por la tradición, o encontrar la validez y la certeza exigida por la metodología científica, sino rastrear la experiencia de la verdad, con su multiplicidad de componentes racionales e irracionales, es seguir el proceso de la cosa para ponerse de acuerdo con ella. El lenguaje es por lo tanto el medio en que se realiza el acuerdo de los interlocutores y el consenso sobre la cosa.

Ahora bien, el lenguaje accede a su verdadera espiritualidad cuando se hace escrito porque en la escritura el lenguaje se hace siempre presente, se trata de apropiarse de la traducción escrita pero también de trascender por escrito.

Lo escrito rompe la individualidad del escritor y lo proyecta universalmente. Lo escrito se convierte en mojón sobre lo que se puede avanzar, por decirlo así, en "precipitado válido" que permite continuar sobre la base de lo dicho aún por interlocutores ausentes" lo escrito es el punto de partida para llevar la discusión al plano de lo racional y para hacer posible la vuelta sobre la realidad para reorientar y mejorar el mundo de la vida.

El proceso investigación - exposición debe ser un proceso permanente de escritura, desde los menos desarrollados de un diario de campo por ejemplo, hasta los más sistemáticos de la presentación de informes y la construcción del marco teórico.

Nuestra cultura universitaria no es una cultura de escritura, de confrontación permanente por escrito de nuestras problemáticas y esto evidentemente nos pone en desventaja frente a científicos de otros países. Aparece aquí un reto y un programa para el investigador, no solamente apropiarse, hacer presente otras escrituras, otros textos sino también escribir y hacer posible su escritura para otros contextos, ya que la lectura comprensiva no es la repetición de algo pasado, sino participación en un sentido presente, teniendo sentido de lo objetivo, de la captación de las verdaderas intenciones, y de las motivaciones profundas del interlocutor.

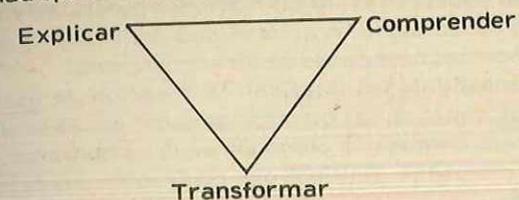
Una de las tesis centrales del libro "Teoría de la acción comunicativa" de J. Habermas se plantea precisamente alrededor de este carácter objetivo de la comprensión al plantear que la posibilidad del desarrollo de las ciencias sociales dependerá fundamentalmente de su vínculo, más bien de su traspaso con el mundo de la vida. Pues todo conocimiento científico se mueve en los contextos de racionalidad del mundo de la vida.

Pero en la tensionalidad epistemológica tanto el polo de la explicación como el polo de la comprensión requieren una solución a su oposición.

Para qué conocer? Para explicar, para comprender, sí, pero funda-

mentalmente para transformar la realidad.

La tensionalidad epistemológica quedará entonces resuelta así:



Esta transformación debe ser entendida en el sentido de Praxis que Marx sintetiza en la tesis sobre Fuerbach "Los Filósofos se han limitado a interpretar el mundo de diversos modos; de lo que se trata es de transformarlo". C. Marx (II Tesis sobre Fuerbach).

De nada serviría tener todas las leyes y explicaciones de los posibles movimientos del mundo o captar a profundidad los sentidos individuales si no se da una transformación de la realidad.

En este proceso dialéctico la verdadera explicación y la comprensión, mejor la verdad de la explicación y la comprensión solo se da con la transformación de la realidad, pues es gracias a ese movimiento que surgen las nuevas leyes y los sentidos profundos y tal vez ocultos para la comprensión.

Ahora bien, el investigador también es fruto de esta transformación. La praxis produce la validación del conocimiento y al mismo tiempo genera nuevas preguntas en un proceso ininterrumpido que es el que construye el investigador.

Este planteamiento sobre la validez del conocimiento, plantea a los investigadores colombianos una responsabilidad ética, nacional y política.

En el plano de las ciencias sociales el camino por recorrer es largo, pues la diversidad de la problemática para resolver es abrumadora. Por lo tanto no podemos perdernos en la investigación de problemas secundarios, o desarticulados de la totalidad de la problemática nacional.

Los intelectuales colombianos tenemos entonces el reto de constituirnos en una élite con vocación nacionalista.

Para los que tenemos que apropiarnos de los desarrollos de la ciencia internacional, sentirnos y hacernos parte de la comunidad científica y partiendo de las propias condiciones, propiciar formas concretas de apropiación del conocimiento que posibiliten la explicación, la comprensión y con ello la precisión racional.

Puede decirse que la constitución de una élite intelectual con vocación nacionalista se constituye entonces en países como el nuestro, en prioridad fundamentalmente para ascender por la escala del desarrollo. Una élite con rigurosa disciplina para apropiarse del conocimiento, suficiente imaginación y creatividad para construir nuevo saber, con pasión por aplicar ese saber a la realidad nacional para transformarla. La intelectualidad debe constituir una fuerza autónoma como elemento de soberanía nacional, se hace imperativo crear las condiciones académicas, institucionales y económicas para fortalecer el desarrollo científico de las diversas disciplinas y profesiones.

Si se quiere tener soberanía, es decir poder propio de orientación y decisión, se deben superar las interpretaciones patéticas y la aplicación de las tecnologías desuetas, la irracionalidad política y la experimentación repetitiva de técnicas heredadas de otros contextos.

Estas responsabilidades implican la creación de escuelas de pensamientos propios, tanto en las disciplinas como en las profesiones. La historia de la ciencia demuestra cómo sin equipos humanos y técnicos la investigación es imposible. Equipos que confronten sus resultados interdisciplinariamente.

El investigador aislado y sin recursos no es más que un mal remedo de artesano medieval que debe hacer todo tipo de tareas y controlar el proceso de principio a fin, con el consiguiente desperdicio de energías y productos insuficientes sin hacer de la investigación una verdadera praxis.

Para terminar les propongo que ahora hagamos un ejercicio volviendo a las tres tensionalidades y analicemos conjuntamente los polos que aparecen a la izquierda.

Tendríamos: Tradición - teoría
Apropiación de lo universal
Explicación

En la derecha: Investigación
Apropiación de lo individual
Comprensión

Y como resultado: Creación de conocimiento
Apropiación de lo particular
Transformación

No en vano estamos tentados a poner igualdades ya que efectivamente coinciden.

La apropiación de lo universal se da gracias a la asimilación de las teorías generales cuyo objetivo fundamental es la formulación de leyes explicativas.

La investigación supone la apropiación comprensiva de los sentidos individuales y la creación de conocimientos solo puede darse cuando se apropia la realidad como particular y esto solo es posible gracias a la captación de este movimiento en una praxis transformadora.

Esto nos lleva de nuevo al epígrafe de esta charla "El método no es sino la conciencia relativa a la forma del automovimiento interior de su contenido". Esto quiere decir que el método no puede separarse del contenido. Que el qué, el cómo y el para qué están en una unidad. Que las tensionalidades que hemos expuesto separadamente son un ejercicio expositivo pero que en la realidad del proceso investigativo están traspasadas las unas o las otras.

En la dialéctica que hemos intentado describir lo noseológico no se puede separar de lo metodológico y de lo epistemológico porque:

"Solamente la naturaleza del contenido puede ser la que se mueve en el conocimiento científico, puesto que es al mismo tiempo la propia refle-

cción del contenido la que funda y crea su propia determinación".(10)
Y porque "el movimiento científico progresivo toma por consiguiente la forma del círculo".(11)

SISTEMA DE BIBLIOTECAS UNAB
 unab
Hemeroteca

10 G. Hegel. Ciencia de la Lógica. Ediciones Solar, Buenos Aires. 1968. Página 38.

11 G. Hegel, Ibid, página 93.

VIOLENCIA, AGRESION Y TERRORISMO

Roberto Serpa Flórez

"La paz fundada en la injusticia y en la violación de los derechos humanos no puede ser duradera y conduce inevitablemente a la violencia" (De la declaración de la UNESCO 18C/11.1, 1975).

La violencia y el terrorismo constituyen un conjunto de fenómenos sociales de la mayor importancia y están íntimamente relacionados con la agresión. La violencia y el terrorismo han alcanzado gran intensidad y persistencia en el mundo de hoy y muy particularmente en Colombia en los últimos decenios. Nadie es ajeno a su influencia ni a sus consecuencias que no solo directa sino indirectamente pueden afectar a cualquiera en forma brutal e inesperada, recordándole así su terrible vigencia en estas épocas de crisis.

Es indispensable establecer ante todo que el tema no será tratado desde un punto de vista parcial y limitado, como podría creerse al advertir que el expositor es un médico especialista en psiquiatría; por el contrario, la aproximación a este estudio quiere ser muy general y abarcadora, como se puede deducir si se recuerda que quien se dirige a ustedes es un profesor universitario, ocupado en la historia de la cultura y en la historia de la ciencia, un escritor y un intelectual, pero, ante todo, un ciudadano profundamente interesado y preocupado por el presente y el futuro de su patria y con una formación que lo lleva a buscar una concepción del mundo y de su tiempo.

Teniendo en cuenta que el auditorio está compuesto principalmente por médicos y otros profesionales del área de la salud, parece plausible comenzar el análisis de la violencia y la agresividad desde un punto de vista médico y de salud pública, mencionando un indicador de la mayor importancia en esta área la mortalidad. Revisemos las principales causas de muerte en los últimos años en Colombia. La muerte violenta por homicidio es la principal causa de mortalidad en nuestro país, ha venido a desplazar a las enfermedades cardiovasculares, el cáncer, a las enfermedades cerebro-vasculares, a la enfermedad diarreica aguda, a la neumonía y a otras enfermedades infecciosas que eran hasta hace poco, las principales causas de mortalidad en Colombia.

Este indicador, la mortalidad, al señalarnos a la muerte por homicidio como la primera causa de mortalidad nos muestra en nuestro propio campo profesional un hecho que desborda mucho el marco simplemente médico y de salud pública, pero que nos afecta como médicos y como ciudadanos y que no podemos ignorar.

La prehistoria y la historia nos muestran otra vía, otro nivel de análisis de la violencia y de la agresión. Veámoslo. La prehistoria nos ha enseñado que en las tierras templadas de la Europa del Neolítico, al final de la última glaciación, las sociedades matrilineales, igualitarias y no armadas que descubrieron la agricultura y la ganadería, fueron sojuzgadas por etnias que vivían en zonas menos favorecidas por las condiciones cli-

máticas y ecológicas, pero que desarrollaron actividades de agresividad intraespecífica (agresividad entre los miembros de la misma especie) y que desarrollaron al mismo tiempo la noción de la propiedad. Estas circunstancias no se dieron en otras condiciones geográficas y ecológicas como entre los esquimales del Ártico y entre los habitantes de las islas del Pacífico, que por estas razones no desarrollaron dicha agresividad intraespecífica. En etapas ya históricas, el proceso tecnológico (incluida la adquisición de armas) y el dominio de la información fueron utilizados por los hombres para establecer jerarquías de dominio social y de poder, interindividuales, intergrupales e internacionales, tal es la sugestiva e interesante interpretación de Henri Laborit (1975).

No nos detendremos en otras interpretaciones de la historia como la que la considera resultado de la lucha de clases (Marx), o como el desarrollo de la idea Absoluta (Hegel); mencionaremos, de paso la interpretación de Mac Neill (1961) en su obra Plagas y Pueblos, que ha dado un impresionante enfoque de la historia humana, a la vez biológica y social en la que juegan papel destacadísimo la lucha biológica entre la especie del Homo Sapiens y la de los gérmenes y parásitos de otras especies vivas cuya extraordinaria importancia podemos apreciar en las epidemias de peste del siglo XV, las de viruela y sarampión en Indioamérica en el siglo XVI y la reciente del SIDA en el siglo XX. Pero esta lucha biológica no tiene por qué ser considerada como una manifestación de violencia sin forzar el significado de las palabras.

Montagu (1978) en una de sus obras cita a un estadístico noruego, cuyo nombre no menciona, que puso a trabajar a una ordenadora o computadora para que organizara los datos relacionados con las guerras que la humanidad ha tenido en 5.560 años de historia; el número de guerras fue de 14.531, con una media de 2,6 guerras por año; el investigador encontró que de las 185 generaciones que vivieron en ese largo período, solamente 10 conocieron una paz ininterrumpida. Pienso que si hubo una Pax Romana de alguna duración, ciertamente la Pax Británica del siglo XIX no duró mucho, como tampoco creo que dure la Pax Americana de fines del siglo XX.

LAS IDEOLOGIAS DE LA VIOLENCIA

Desde épocas muy antiguas los hombres inventaron ideologías para explicar la agresión y para justificar y aún santificar la violencia. La humanidad ha sido sometida en forma recurrente al imperio de estas ideologías que han servido para dar razón, o supuesta razón del dominio de unos grupos humanos sobre otros. Según las épocas, y las culturas estas ideologías han adquirido la forma de mitos irracionales, la de verdades reveladas por Dios, por Jehová o por Alá; otras se dicen derivadas de la reflexión filosófica y otras se disfrazan con el ropaje de la verdad científico, pero sin sujetarse a las normas del método experimental ni al método de la ciencia.

Entre estas creencias encontramos la creencia en la maldad esencial y la maldad innata de la naturaleza humana, proclamada por Thomas Hobbes (Homo homini lupus), el hombre es un lobo para el hombre), las

doctrinas del darwinismo social de Herbert Spencer que hacen de la vida social una feroz lucha por la supervivencia, las teorías de Sigmund Freud respecto a un supuesto instinto de muerte, y las teorías de los etólogos Konrad Lorenz y Niko Tinbergen que ven en la agresión una respuesta innata del ser humano originada en un presunto instinto agresivo que el hombre no sería capaz de superar por no disponer de mecanismos para inhibir dichas respuestas instintivas.

Estas ideologías justificativas de la agresión y la violencia, o al menos del dominio político ideológico, las encontramos en los mitos irracionales de Platón (los hombres de oro, de plata y de hierro de su República) en la doctrina religiosa ariana de las sectas de la India que inspiró a Platón; en las ideologías irracionales basadas en el mito de la raza y en las filosofías irracionales de Hegel y de Nietzsche que condujeron al paroxismo de la violencia del holocausto de los judíos en la Europa hitleriana y en el historicismo del materialismo histórico y la lucha de clases marxista inspirados en el idealismo dialéctico de Hegel.

UNA APROXIMACION BIOLÓGICA Y SOCIAL A LA AGRESION

Henri Laborit (1975) en su análisis de la violencia ha integrado los aspectos biológicos y sociales en un modelo muy amplio y abarcador. El cerebro, ha dicho, tiene la propiedad fundamental de crear la información y ésta puede ser utilizada como un medio para establecer la dominación, ya sea interindividual, integrupal o internacional. Pero, nos advierte, "parece que con excepción de la actividad predatoria, de la que cabe mucho preguntarse si debe continuar incluida en el marco de los comportamientos agresivos propios del hombre, los demás tipos de comportamiento agresivo son, o bien resultado de un aprendizaje, y por lo tanto susceptibles de ser transformados por la sociocultura, o bien una respuesta elemental a un estímulo doloroso.

La agresión, sigue diciendo Laborit, no puede ser un concepto unitario, porque los mecanismos que están en la base de la liberación de energía desestructuradora son varios".

Los sistemas vivos son sistemas abiertos con relación a la degradación de la energía que la degradan conforme al segundo principio de la termodinámica. Considerados en el plano de la información, los organismos están constituidos por niveles de organización y de realización, cada uno es un sistema cerrado, pero cada nivel organizativo engloba al precedente y está a su vez englobado por el de complejidad superior".

Me he detenido en exponer con algún detalle los conceptos de Laborit porque su enfoque desde la teoría de los sistemas permite comprender al hombre como ser biológico y ser social, superando las limitaciones de un enfoque reduccionista meramente biológico, o meramente social.

DEFINICIONES DE LA VIOLENCIA Y EL TERRORISMO

Lalinde ha definido la violencia como el empleo ilegítimo, o por lo menos ilegal, de la fuerza. (cit. Jan 1975). Varios autores han reflexionado

sobre la violencia (Georges Sorel, Hannah Arendt Maurice Merleau - Ponty, Herbert Marcuse, Walter Benjamín). Para Rasheediddia Jan la violencia tiene un exceso de significados: "a veces es en sí un símbolo, o una metáfora nos dice, pero nunca se ha definido operacionalmente, es decir, en forma unívoca y precisa que permita su estudio objetivo y científico. Define varios niveles de análisis de la violencia, cada uno de ellos susceptible de ser analizado con una ciencia y una causalidad propia y con medios de control específicos: violencia individual, violencia de grupo, violencia institucional, violencia internacional. El nivel más importante para nuestro propósito es el de violencia institucional, con una causalidad social que estudia la sociología y cuyas prácticas de control son políticas, con modalidades de intervención tales como la lucha política, el control político y la legislación.

Se han propuesto en EE.UU. algunas teorías para explicar la etiología de la violencia. Las más importantes son la de la Frustración - Agresión, de Dollard y la Teoría de la Modernización. Para la primera la agresión surge de la frustración que lleva a la agresión. La teoría de la Modernización clasifica a las sociedades humanas en tres grupos: sociedades tradicionales, sociedades en transición y sociedades modernas; esta clasificación, propuesta como alternativa de las explicaciones marxistas basadas en la lucha de clases, ha sido rechazada por varios autores por considerarla etnocéntrica, fundamentada en la ideología neoliberal para la cual el cambio que no implica subversión del sistema económico y social es legítimo, normal y funcional y el cambio que propugna modificación radical es ilegítimo, disfuncional y anormal; la violencia se presentaría según los defensores de esta teoría idealista, en los países en transición, nombre eufemístico para llamar a los países dependientes que más comúnmente se llaman subdesarrollados.

Jan rechaza todas estas teorías psicológicas y psicosociales y dice que la violencia no es el producto del proceso del desarrollo en sí, sino del desequilibrio del desarrollo normal, del "maldesarrollo" que se traduce en conflictos, tensiones y violencia. El desarrollo se ve frustrado por la existencia del mecanismo distributivo inherente a la actual estructura internacional.

En París en 1975, un grupo de expertos de la UNESCO, estudió la violencia y sus causas y concluyó que no puede llegarse a ninguna conclusión en el estudio de la violencia "sin un enfoque pluridisciplinario e incluso transdisciplinario que defina la interdependencia entre los campos en que se reparte la temática de la violencia". Concluyó así mismo en la necesidad de dar a todo estudio o investigación sobre la violencia su dimensión histórica propia con relación a las características socioculturales de la población estudiada. Se rechaza así tanto la definición estrecha y jurídica como el planteamiento biológico que busca la causalidad de ella en el individuo y por el contrario, se admite que las investigaciones sobre la violencia deben partir de una acepción sociocultural amplia del fenómeno". (UNESCO, 1981, p. 288).

El terrorismo es una variedad de la violencia que se ha definido como el método (o la teoría detrás del método) con el que un grupo o partido trata de lograr determinados fines". Solamente unas pocas palabras de

de sus trabajos de investigación, en la organización y celebración de dos Congresos Nacionales, el uno en Bogotá, en abril de 1982, y el otro en Chiquinquirá en junio del mismo año y además la reunión de un Primer Simposio Internacional sobre la Violencia, en Bogotá en 1984. El Gobierno Nacional creó en 1986 una comisión investigadora de las causas de la violencia. Ya antes, en 1958, se había creado otra con el mismo fin.

HOMICIDIOS Y GENOCIDIOS EN COLOMBIA

Un reciente trabajo de Rodrigo Losada y Eduardo Vélez, publicado en diciembre de 1989, sobre las tendencias de muertes violentas en Colombia nos proporciona muy importantes datos; en primer lugar nos describe la evolución diacrónica de los principales tipos de muerte violenta en el país, en las secciones departamentales y municipales, para lograr precisar la magnitud y el tipo de problema de la inseguridad por regiones en el país, detectando los municipios más violentos y los más pacíficos.

Los autores nos muestran cómo entre 1979 y 1986 las defunciones por muerte violenta con respecto a la suma total de defunciones han venido progresando desde el 14,1% en 1979 hasta el 20,6% en 1986. Presentan también una serie histórica sobre la frecuencia relativa de homicidios en Colombia durante 34 años, desde 1955 hasta 1988 con un 51,5 por 100.000 habitantes en 1958 y un 62,8% por 100.000 en 1988, cifra esta última a la que se llegó por un ascenso creciente en los últimos años y con cifras inferiores de 16,8 por 100.000 en los años de 1973 y 1975. También nos muestran comparativamente las tasas de muertes violentas en Colombia y en otros países europeos y americanos. Las tasas de países europeos "poco violentos" situadas alrededor del 5 por 100.000 y las de los violentos (USA 11.3m, UK 9,6, Suecia 9.0 y 9,6 al comienzo del decenio de los 80 y la RDA con tasas entre 31,6 y 36,7 en los años 70. Comparadas las tasas colombianas con las chilenas (45,5 y 46,4 en los años 70) con México (44,7 49,4 en los años 70) y con otros países iberoamericanos con tasas por debajo de 5 por 100.000 (Ecuador, Uruguay, Paraguay), las tasas colombianas de 62,8 por 100.000 habitantes son altísimas.

Colombia ha mantenido en los últimos 34 años las más altas tasas de homicidio en el mundo, y en los años de 1955 a 1969 ha estado entre las cinco primeras, pero en los años 80 está en el tercer lugar.

La violencia se encuentra especialmente en los departamentos de Antioquia, Valle, Meta, Cauca y en los Territorios Nacionales. En cuanto a los municipios más violentos encontramos a Medellín y a Cali. Medellín, con menos de la mitad de la población de Bogotá, tiene 44% más de muertes que la capital del país. Cali tiene un promedio de homicidios de 38,2 por 100.000 habitantes comparado con Medellín con 81,7 por 100.000 y Bogotá con 20,8 por 100.000.

Losada y Vélez identificaron catorce regiones en las cuales la violencia es más intensa y tienen los municipios más violentos. Estas regiones se encuentran en zonas de esmeralderos, en zonas de cultivo y producción de estupefacientes y en zonas indígenas con problemas de tierras. Muchas de ellas están en zonas de frontera y en regiones con conflictos de tierras.

En una revisión más reciente en la misma publicación (Coyuntura Social No. 2 mayo 1990) se señala cómo el número total de homicidios en Colombia llegó en 1989 a 23.315 comparados con los 21.000 de 1988. Es decir, que en 1989 murieron víctimas de homicidio 68,12 de cada 100.000 habitantes. Entre 1980 y 1988 el número de homicidios aumentó en Colombia en un 132% y en Antioquia en un 1.032% (diez veces) y en el Valle en un 1.720% (diecisiete veces).

Todos estos datos y cifras nos muestran en toda su magnitud el fenómeno de la violencia en Colombia y nos hacen pensar en la búsqueda de soluciones a un estado de cosas que, aunque viene de muchos años atrás, ha llegado a extremos inimaginables que deben encontrar una salida política inaplazable.

La mención fría y escueta de cifras y estadísticas poco nos impresionan, a menos que la relacionemos con las muertes reales de seres humanos concretos, con nombres ilustres o nombres poco conocidos, pero todos ellos compatriotas que compartieron nuestra historia y nuestras vidas. Una apretada síntesis llenaría muchas líneas; imposible enumerar la larga serie de emboscadas y asaltos, secuestros y asesinatos, masacres, genocidios y actos de terrorismo de los últimos años. Violencia, unas veces indiscriminada contra poblaciones inermes y otras veces selectiva contra personas, miembros de partidos políticos e instituciones (jueces y magistrados, militantes de la Unión Patriótica, soldados y policías, líderes campesinos y obreros, candidatos presidenciales). "En los años 1989 y 1990 se registraron 64 masacres, perpetradas por grupos paramilitares, en Urabá, en Córdoba, en el Meta, en el Magdalena Medio; en 1989 y la primera mitad de 1990 hubo 28 atentados terroristas con carros bomba en las ciudades de Medellín, Bogotá, Cali, Bucaramanga, Cartagena y Pereira que causaron muchas pérdidas de vidas y millonarias pérdidas materiales (el atentado contra la sede del DAS en Bogotá, el 6 de diciembre de 1989 causó 64 muertos, 500 heridos y enormes destrozos en una vasta zona de edificios; la bomba del avión de Avianca, el 27 de noviembre del mismo año, en pleno vuelo, causó 107 víctimas, todos los ocupantes del avión; la destrucción de los edificios de los diarios El Espectador y Vanguardia Liberal, el atentado terrorista de las FARC contra un camión del ejército en Caquetá en 1987 causó más de veinte muertos y otros tantos heridos; la masacre contra los miembros de la comisión investigadora en La Rochela, Santander, en que perecieron 12 de los 14 funcionarios judiciales que investigaban otra masacre ocurrida tres meses antes, y muchos otros casos más que horrorizan y espantan.

Pero más impresionantes aún fueron fenómenos sociales como el auge de los jóvenes sicarios, algunos casi niños, asesinos a sueldo, y las llamadas "operaciones de limpieza social" contra marginados, vagos, homosexuales, prostitutas, pequeños ladronzuelos, consumidores de basuco, en las ciudades de Bogotá, Cali, Medellín y Bucaramanga.

Eviquemos los nombres de algunas de las víctimas del holocausto: Luis Carlos Galán, Alfonso Reyes Echandía, Héctor Abad Gómez, Guillermo Cano, Rodrigo Lara, Carlos Mauro Hoyos, Federico Estrada Vélez, Jaime Pardo Leal, Bernardo Jaramillo Ossa, el padre Alvaro Olcué, el párroco del pueblo de Trujillo, José Antequera, Carlos Pizarro,

Carlos Toledo, Silvia Dussán, Jorge Enrique Pulido, el obispo de Arauca, el gobernador de Antioquia Roldán Betancur, decenas de jueces y magistrados, de oficiales del ejército y la policía, soldados y policías, campesinos y obreros, todos ellos víctimas de la violencia irracional y fratricida que para mí tiene como símbolo funesto los atroces episodios de la toma del Palacio de Justicia en noviembre de 1987 por el M-19 y el salvaje operativo militar de su recuperación con el sacrificio de las más altas cumbres del pensamiento jurídico nacional, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

CONCLUSIONES

Esta conferencia quedaría incompleta si no presentáramos algunas conclusiones personales a las que hemos llegado. Ante todo nos declaramos decididos partidarios de la conclusión de Jan, según la cual la violencia es consecuencia, no del desarrollo en sí sino de un "mal desarrollo", desarrollo desigual. En el caso de Colombia, la irrupción violenta de un proceso de rápida concentración de capitales ilegales originados en el narcotráfico ha agravado el proceso.

La violencia en Colombia es una etapa de agudización y crisis dentro de un muy largo proceso histórico, vinculado a la lucha por la tierra y a los conflictos de frontera que ha llevado a fenómenos sociales y políticos que han sido definidos como "derrumbe parcial del Estado" (Oquist) y "disolución progresiva del Estado" (Pecault). La ausencia del Estado de muchas regiones del país y el vacío político creado por los partidos ha permitido la presencia simultánea de lo que hemos llamado Para-Estados (Para-Estados Guerrilleros, FARC, ELN, EPL, y otros). Para-Estados Paramilitares (que hace unos años el ministro de Gobierno dijo que eran 140), Estos Para-Estados tienen sus propios ejércitos, administran su propia justicia, recaudan sus propios impuestos. Sin que pueda excluirse el poder corruptor y anarquizante de los partidos políticos que han feudalizado la administración pública nacional y regional y se han impuesto, legalizando su reelección indefinida y a veces hereditaria, en los cargos de reelección popular, en una increíble deformación de la democracia.

En la confrontación de treinta años entre la subversión guerrillera que comenzó buscando el cambio revolucionario socialista y terminó en terrorismo contra la economía nacional y en extorsiones y secuestros de simple bandolerismo de supervivencia, y el poder legal del Estado y de sus fuerzas armadas y su gobierno civil, ninguno de los dos contendores pudo derrotar a su adversario. Se llegó a una alianza, más o menos encubierta, entre las fuerzas armadas legales del Establecimiento o las auto-defensas locales que luchaban contra los abusos intolerables de la subversión guerrillera, y que se transformaron y crecieron hasta convertirse en grupos paramilitares, inspirados en la ideología de la seguridad nacional anticomunista y financiados por el enorme poder de los nuevos propietarios de la tierra.

Hoy, a fines de 1990, los subversivos guerrilleros de izquierda, privados del apoyo del bloque socialista, desintegrado por los cambios surgi-

dos de la crisis del comunismo dogmático y autoritario, y los subversivos de extrema derecha, sostenidos por los representantes y usufructuarios del capitalismo salvaje que lograron su acumulación por los medios ilícitos e ilegales de la siembra, producción y exportación de coca y de cocaína, el mejor negocio del mundo, por la demanda gigantesca de las sociedades industriales, se enfrentan ambos al Estado y a sus instituciones políticas debilitadas, buscando un reconocimiento social y político, utilizando lo que en la jerga marxista se llamaría una combinación de todas las formas de lucha.

En la actual coyuntura internacional en la que predomina la ideología del neoliberalismo de la nueva derecha, que proclama el supuesto fin de la historia y la victoria total y definitiva de la filosofía de la economía del mercado, parece muy difícil avizorar el futuro con una perspectiva optimista. Porque aunque parece haber desaparecido la gran confrontación Este-Oeste, que mantuvo casi medio siglo a la humanidad al borde de la destrucción, nos encontramos hoy ante la confrontación de dos mundos, la lucha Norte-Sur, entre los países que lo tienen casi todo y los que no tienen casi nada.

En octubre de 1989, cité a dos eminentes juristas europeos en frases que muy bien pueden aplicarse a nuestro país y que sirven de conclusión a este ensayo:

"El Estado se distingue de otras organizaciones sociales por dos características: 1) está vinculado a un territorio que considera como suyo propio y 2) en ese territorio la organización del Estado incluye el monopolio de la fuerza mediante la forma de una organización militar y un cuerpo de policía, pero el Estado no existe independientemente del Derecho sino que presupone el derecho; sin Derecho y sin observancia del mismo no hay Estado". (KARL OLIVECRONA).

"En tiempos de relativa estabilidad, el Derecho positivo suele bastar para resolver adecuadamente las cuestiones jurídicas que se suscitan, más cuando las estructuras sociales se están transformando, el derecho positivo no da respuesta a muchas de ellas, por no haber previsto los nuevos supuestos de hecho y no haber podido por tanto resolverlos. De ahí que en tales casos sea necesario trascender el derecho positivo para lograr decisiones racionales y llevaderas" (ALFRED VERDROSS).

HE DICHO.

BIBLIOGRAFIA

- Amara, Giuseppe. La violencia en la historia. México, Trillas, 1976.
- Arendt, Hannah. Sobre la violencia. México, Moritz, 1970.
- Cien días vistos por CINEP vol. 3 No. 10, abril - junio, 1990.
- Cien días vistos por CINEP vol. 3, número 11, julio - septiembre 1990.
- Corredor Martínez, Consuelo. Crisis Agraria Reforma y Paz: De La Violencia Homicida al Genocidio. Bogotá CINEP 1989 pp 19,77.
- Chorover, Stephan. Del génesis al genocidio. Barcelona, Blume, 1979.
- De Rementería, Ibán. Hipótesis sobre la violencia reciente en el Magdalena Medio. (en): Pasado y presente de la violencia en Colombia. Bogotá, Presencia CEREC, 1986.
- De Roux, Francisco. Los precios de la paz. 2ed. Bogotá, CINEP, 1987.
- García Gaborrechea, Ricardo. Manual del buen terrorista. Madrid, Cambio 16, 1987.
- González Posso, Camilo. Movimientos sociales y políticos en los años ochenta; en busca de una nueva alternativa (en): Entre la guerra y la paz. Puntos de vista en la crisis colombiana de los años ochenta. 2ed. Bogotá. Controversia 141, CINEP, p9-36.
- Greenbaum. R. y Tickler, A(eds) Is man a killer by nature? (In): The Challenge of Psychology. Englewoods Cliffs, N.Y. 1972.
- Guzmán Campos, Germán, Fals Borda, Orlando y Umaña Luna, Eduardo. La violencia en Colombia; estudio de un proceso social. 2ed. 2 vols. Bogotá, Tercer Mundo, 1964.
- Jan, Rasheediddia. La violencia y el desarrollo económico y social. (en): La violencia y sus causas, París, UNESCO, 1981, pp.191-216.
- Joxe, Alain. Introducción general (en): La violencia y sus causas (op. cit).
- Laborit, Henri. Mecanismos biológicos y sociológicos de la agresividad (en): UNESCO Op.Cit.).
- León, Carlos A. Observing violence; the case of Colombia. Presented at the Simón Bolívar Lecture to the 140th meeting of the American Psychiatric Association, Chicago, May 13, 1987.
- Lequeur, Walter. Terrorismo. Madrid, Espasa-Calpe, 1980.
- Le Grand Catherine. Los antecedentes agrarios de la violencia; e conflicto social en la frontera colombiana, 1850 - 1930 (en): Pasado y presente de la violencia en Colombia, pág 87-110.
- Losada, Rodrigo y Vélez, Eduardo. Tendencias de muertes violentas en Colombia. Coyuntura Social 1: 113-124, diciembre 1989.
- Marcuse, Herbert. Eros y Civilización. Madrid, Taurus, 1969.
- Martín Ramírez, Jesús. Conferencia sobre la agresión. Academia Nacional de Medicina, Bogotá, 21 de junio de 1990. (en prensa).
- Merleau Ponty, Maurice. Humanismo y Terror, Buenos Aires, Siglo XXI, 1968.
- Moncayo, Víctor Manuel. Estado de derecho, crisis y estructuración capitalista en Colombia (en): Entre la guerra y la paz. Bogotá, CINEP (op. cit), pp.9-36.
- Megaree, Edwin I y Hokanson, Jack E. Dinámica de la agresión; en el individuo, en los grupos, en los conflictos internacionales. México, Trillas, 1976.
- Mac Neill, W. Plagas y pueblos. México, Siglo XXI, 1981.
- Montagu, Ashley. La naturaleza de la agresividad humana. Madrid, Alianza, 1978.
- Programas sociales y situación del medio ambiente. Coyuntura Social, FER, Fedesarrollo, Bogotá, Número 2, mayo 1990.
- Sánchez, Gonzalo. Los estudios sociales sobre la violencia, balance y perspectivas. (en): Pasado y presente de la violencia en Colombia (op.cit)
- Serpa Flórez, Roberto. Brujas y juicios de brujería; superstición, mito e historia. Temas Socio-jurídicos UNAB. 8(2): 7-28, 1989.
- Serpa Flórez Roberto. Disertación leída en la sesión inaugural del Vigésimo Séptimo Congreso Nacional de Psiquiatría, Bucaramanga, octubre 1987. (en sus): Aportes a la literatura médica y jurídica 1979- 1988. Bucaramanga, UNAB, 1989.
- Secuestros S.A. Revista Semana No. 441, 10 a 17 de abril, 1990 págs 30 y sigs.
- Situación Social en Colombia. Coyuntura Social, Bogotá, FER, Fedesarrollo No. 1 diciembre 1979.
- Sorel George (1920) Reflexiones sobre la violencia. Buenos Aires, La Pleyade, 1973.
- Walter, Benjamín. Bases para una crítica sobre la violencia. Mexico, Premia, 1978.
- UNESCO. La violencia y sus causas. Reunión interdisciplinaria de expertos sobre estudios de las causas de la violencia, 1975. París, UNESCO 1981. (Colección Actual No. 4).

INTERVENCION DE ALFONSO GOMEZ GOMEZ

Quince años atrás, como Rector de este claustro, tuve el acierto de invitar al abogado Gustavo Pinzón González a que asumiera la responsabilidad de la asignatura de Filosofía del Derecho, la que atendió, y ha orientado desde entonces. Fruto de su dedicación, de su trabajo de investigación y de su fervor intelectual es el manual que hoy presenta, editado por la Imprenta del Departamento de Santander, que enriquece la bibliografía de la Universidad, y a la par destaca el mérito personal del autor como la enseñanza de una de las más importantes ramas del saber jurídico.

La noción de la Filosofía del Derecho equivale a la de "valor del Derecho". La ciencia jurídica compendía la expresión dogmática del Derecho, y versa sobre el sentido objetivo del derecho positivo. Tal concepto de derecho positivo es lo que distingue, en sentido estricto, a la ciencia jurídica de la Filosofía del Derecho.

No podemos concebir la realidad social sin el Derecho. Ni podemos prescindir de considerar en cada época los diversos problemas que surgen de la realidad que se vive, tales los que se derivan de las diferentes disciplinas intelectuales. Son los problemas que versan acerca de lo que los hombres, dentro de su propio yo y su circunstancia de que hablara Ortega y Gasset, reputan como sus más hondas preocupaciones, las más elevadas y más serias. A la Filosofía, y dentro de su cuadro general la Filosofía del Derecho, le ha correspondido la misión de armonizar en un sistema único y exento de contradicciones, los últimos conocimientos. De no ser así, las disciplinas separadas aparecen como forma de sustituir la Filosofía, como ocurrió con la Teoría General del Derecho, la Historia General del Derecho o la sociología jurídica. Pero no por ello desapareció la Filosofía como el factor integrador del conocimiento científico.

Luis Recasens Siches se refiere al eclipse que tuvo la Filosofía del Derecho en los tres primeros decenios de la segunda mitad del siglo XIX por obra del positivismo, del materialismo y del evolucionismo, y a su renacimiento cuando el pensamiento filosófico de lo jurídico activó la mente de esclarecidos jurisconsultos al advertir dos limitaciones de la ciencia jurídica, a saber: El hecho de que ésta no puede por sí misma explicar ni sus supuestos básicos sobre los cuales ella se asienta, ni puede tampoco aclarar las ideas de valor que dan sentido al Derecho. De ahí surgió de nuevo el florecimiento de esta disciplina de la Filosofía del Derecho. Agrega Recasens que los dos interrogantes principales sobre el Derecho brotan precisamente de las dos limitaciones de la ciencia jurídica: Más acá de ella y como supuesto de la misma, los temas de la Teoría Fundamental del Derecho; más allá de ella, las cuestiones de la Estimativa Jurídica, es decir, la indagación sobre los valores que deben orientar la formación del Derecho Positivo.

Hoy, en la crisis de los valores, ante su estremecimiento como sistema destinado a orientar el comportamiento humano, se da la inclinación a

concebir la Filosofía como la ciencia de los valores, vale decir, como la ciencia del "deber ser", en opinión del alemán Gustav Radbruch. Es la concepción filosófica que nos induce a tener la lógica como el "pensar concretamente", en la ética a "obrar bien", o en la estética a "sentir como es debido". Es el mismo sendero que llevó a otro alemán, Rudolf Stammler, a considerar la Filosofía del Derecho como "la teoría del Derecho Justo", con el contenido de los valores y metas del Derecho, la idea del Derecho y del Derecho Ideal complementados con la noción de la política jurídica, que, comprende la posibilidad de convertir ese Derecho Ideal en realidad. La noción de política jurídica concierne a la elaboración del derecho.

Siguiendo a Radbruch, la Filosofía del Derecho indaga las leyes valorativas, las normas que se refieren a cuanto debe acaecer, aunque no siempre acaezca. El raciocinio es de este tenor: Las ciencias empíricas tienen por objeto lo que es, lo que ha sido, lo que deviene. La Filosofía, a contrario sensu, recae sobre los valores, sobre el deber ser. Las ciencias empíricas investigan las leyes naturales, las que establecen lo que acaece inevitablemente, en tanto que, como ya se anotó, la Filosofía del Derecho indaga las leyes valorativas. Radbruch cita a Kant para decir que es imposible derivar los valores de la realidad, cimentar el deber ser sobre lo que es, trocar las leyes naturales en verdaderas normas. De esa manera la rectitud de una conducta no puede basarse inductivamente en hechos empíricos, sino que tiene que derivarse deductivamente de valores superiores, remontándose en última instancia a los valores últimos y supremos. El reino de los valores y el mundo de los hechos coexisten como dos órbitas paralelas, sin entrecruzarse. Esta relación entre el valor y la realidad, entre el ser y el deber ser es lo que Radbruch denomina el "dualismo metodológico".

De ahí esta deducción: La Filosofía del Derecho descansa en parte sobre la "naturaleza del hombre" y en parte sobre la "naturaleza de las cosas", en parte sobre la idea del Derecho, y en parte sobre la materia de éste. La naturaleza del hombre es el factor constante, y la de las cosas el factor variable.

Radbruch lo explica: Sobre la naturaleza del hombre descansa la idea del Derecho. La esencia del hombre es la razón. La idea del Derecho basada en la razón, es, como ésta misma, algo de validez universal, pero (según Kant) puramente formal y, por tanto, incapaz de hacer brotar y desarrollarse por sí solo todo un orden jurídico, tal como intentó hacerlo el Derecho Natural.

La naturaleza de las cosas, concepto que surgió ya en la antigüedad, fue colocada en el centro mismo del interés por Montesquieu. Su famosa obra "L'esprit des Lois" comienza con estas palabras: "Las leyes son las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas". "Cosa" es la expresión "naturaleza de las cosas" significa la materia prima, el material del Derecho, los "factores reales de la legislación"; dicho en otros términos, los estados naturales, sociales y jurídicos con que el legislador se encuentra y que somete a su reglamentación. Son materia del Derecho, primordialmente, los hechos naturales, desde la caída de la manzana al otro lado del seto, hecho importante para las relaciones

jurídicas de vecindad, hasta las rotaciones de la Tierra alrededor de sí misma y del Sol, con arreglo a las cuales se determinan los plazos y términos jurídicos. El gradual dominio de la naturaleza por el hombre, el desarrollo de la técnica, crea nuevas materias, y, por tanto, nuevos problemas jurídicos.

Radbruch se refiere a las "preformas sociales" de las relaciones jurídicas que constituyen su materia, hacia las relaciones de la vida reguladas por el hábito, la tradición, el uso, la práctica o la costumbre. El legislador se encuentra, por ejemplo, en el panorama de la vida diaria, con tipos de negocios que recoge y convierte en base de su Derecho de las obligaciones, como se encuentra también con entidades colectivas, tales como el Municipio y la Iglesia, que aspiran a ser reconocidas y consideradas como personas jurídicas. Se encuentra, así mismo, con actos antisociales repudiados ya por la conciencia del pueblo, para los que ésta reclama penas y prohibiciones, y con malas costumbres contra las cuales el legislador no puede luchar sin tener en cuenta que se hallan protegidas por la fuerza de una práctica socialmente reconocida.

Por naturaleza de las cosas, en opinión del mismo autor, se entiende la esencia, el sentido de las cosas, el sentido objetivo, tal como se desprende de la estructura misma de los problemas de la vida. Es la respuesta a la pregunta de cómo esta relación de vida así estructurada puede ser pensada como realización de una determinada idea de valor. Así entendida la "naturaleza de las cosas" viene a ser la resistencia que surge a la regulación legal, lo que determina que las ideas jurídicas tienen que acomodarse a su realizabilidad. Solón preguntado si había dado a sus conciudadanos las mejores Leyes imaginables, contestó: "Las mejores sencillamente no, pero sí las mejores de que ellos eran capaces".

Paréceme pertinente referir, siguiendo a Ihering, citado por Radbruch, la noción de la lucha por el derecho de uno, que constituye un deber impuesto por la afirmación moral de la propia persona. El sentimiento del Derecho y la conciencia, dice, se hallan, psicológicamente, en pugna: la conciencia sujeta al egoísmo; el sentimiento del derecho lo deja en libertad. De aquí que uno y otro se personifiquen en caracteres esencialmente distintos. Las personalidades en las que predomina la conciencia y aquellas en las que predomina el sentimiento del derecho se distinguen claramente unas de otras: es la divisoria entre el hombre dulce y el colérico, entre el bondadoso y el fuerte, entre el santo y el héroe, entre el "mosquita muerta" y el camorrista, entre la oveja y el carnero. Las primeras toman cuerpo en el "tipo medroso", las segundas en el "tipo colérico". El sentimiento del Derecho se halla expuesto en gran medida, al peligro de la hipocresía o del desengaño: el egoísmo, la envidia y el desprecio, la cicatería, la manía pleiteadora, el afán de poder, el espíritu de venganza y la perversidad gustan, generalmente, disfrazarse bajo el manto del sentimiento del Derecho.

Este sentimiento propende también, no pocas veces, a la exaltación patológica, a la manía del despotismo. Se aferra, además, al caso individual sin saber reducir éste a lo general, como esencialmente requiere el Derecho. Y, sobre todo, recae sobre lo que el individuo cree ser su derecho, que no siempre es su derecho real. Finalmente, a la teoría del de-

ber incondicional de luchar por el derecho, tal como la concibe Ihering, hay que oponer la sencilla consideración de que, para el hombre no tiene valor solamente el "buen derecho", sino también la "querida paz".

Podríamos extendernos, no sin exceder el límite de duración de este acto, a las disquisiciones referidas a la obediencia del Derecho objetivo, mediante la cual se concede a la voluntad del Estado un reconocimiento en blanco (a la manera de la fides implícita de los teólogos), o a la condición mínima que requiere un orden jurídico en la existencia de los juristas, grupo de hombres seleccionados que tiene la misión elevada del conocimiento del Derecho; o a la obediencia a la sentencia del juez, que descansa sobre el conocimiento del Derecho y la obediencia al mismo Derecho, en la fundamentación de los fallos judiciales. Se cita la frase del ilustre magistrado norteamericano Holmes, para quien la ciencia del Derecho no es otra cosa que el pronóstico de lo que los tribunales harán en el caso concreto.

No podemos omitir la noción de que el concepto del Derecho está totalmente relacionado con el de Sociedad. Son dos términos que forman el binomio más significativo de la existencia social. El español Andrés Ollero lo consigna así: "Derecho y Sociedad están radicalmente interpenetrados hasta el punto de que no cabe tratamiento alguno de los fenómenos jurídicos en el que, de manera más o menos inmediata, no esté presente una referencia social".

Recasens estudia a espacio la vida social, que, es para el hombre tan esencial como su propia vida individual. Agrega que, otorgando un crédito de confianza a lo que han hecho los demás, el individuo tiene resuelta una serie de problemas perentorios; así, puede obtener la holgura suficiente para dedicarse al cumplimiento de su destino privativo y propio, y, al mismo tiempo puede aportar, con sus invenciones y nuevas experiencias, un progreso al legado recibido de la sociedad.

Es la concisión entre sociedad y Estado, que posibilita el Derecho, que es imprescindible para la efectividad de lo jurídico, y que requiere la constante revitalización de la vida social. El citado Ollero afirma que el compromiso por el Derecho desemboca en un compromiso por la sociabilidad y la aceptación de sus responsabilidades. La sociedad actual requiere lucha constante contra el empobrecimiento ético de la vida social, para así vivificar las instituciones sociales y devolverles su función de sustentar socialmente la vida jurídica, porque el papel del Derecho no es realizarla sino beneficiarse de ella. El papel del Derecho es institucionalizar esa ambicionable vida jurídica que da estabilidad a la sociedad civil. Pinzón González transcribe a Cicerón para desarrollar este importante concepto, Ubi societas ibi jus, "donde hay sociedad hay Derecho". Explica Pinzón González que la razón estriba en que "es en el seno de la sociedad donde se desarrolla el comportamiento humano y por lo mismo, el derecho". Nuestro profesor, además, siguiendo la exposición de algunos sociólogos, diferencia entre "comunidad y sociedad". Hay comunidad en agrupaciones humanas ligadas entre sí por lo que tienen o les es común, como en los clanes y tribus. Y se da la sociedad cuando funciona la agrupación bajo leyes comunes y obediencia a una autoridad, que es de característica natural, pero adquiere fisonomía convencional si la reunión de

personas asume fines específicos como las de índole académico, mercantil, deportiva u otros. Pero observemos cómo desde Cicerón hasta nuestros días, (y lo será igual en lo sucesivo), donde hay sociedad hay Derecho, y los dos vocablos son caríatides en la portada del edificio social.

Recanes señala que "lo colectivo, las formas de vida colectiva cristalizadas constituyen algo inerte, mecánico y estéril, y solo fructifica en la medida en que sobre esas formas se produce la interferencia de una acción individual renovadora". Citando a José Ortega y Gasset manifiesta que "la sociedad no es nunca original ni creadora; ni siquiera siente necesidades originariamente, pues quien las siente es el individuo; éste crea una obra para satisfacerlas, y, entonces, la sociedad la adopta; y, así, lo que primero fue invención del individuo se objetiva después en función social".

En igual directriz se expresa el gran filósofo Wilhelm Dilthey, cuando se refiere a "ese rasgo del hombre por cuya virtud, rodeado de puras inseguridades, trata de lograr firmeza en sí mismo, se va logrando cada vez a pesar de la libertad creciente del sujeto. En medio del cambio de las estaciones y de los avatares del tiempo —agrega Dilthey— buscamos paredes sólidas que nos protejan aunque nos limiten. Y el fundamento creciente que la filosofía va proporcionando a la autognosis responde a una tendencia irrefrenable, radicada en nuestro propio ser, del género humano".

Un autor alude a que el Derecho como motivo poético es un drama, con esencia de tragedia, de antinomia insoluble, porque descansa sobre antítesis y antinomias, sobre el ser y el deber ser, sobre el Derecho positivo y el Derecho natural, sobre la legitimidad y la revolución, la libertad y el orden, la justicia y la equidad, el Derecho y la gracia. No pocas veces se ha mostrado aversión hacia el derecho por causa de la llamada "objetividad jurídica", la tendencia del juez de abstraerse de los rasgos esencialmente humanos, para decir, por ejemplo, que el Derecho conoce el matrimonio pero ignora el amor; que nos habla de obligaciones, de créditos y deudas pero no de amistad. De ahí que, si hablamos antes del Derecho justo, sea procedente hablar también del buen juez, simbolizado en San Ivón, patrono de los juristas, ante quien un rico demandó a un pobre para que lo indemnizara por haber respirado diariamente las deliciosas emanaciones de su cocina señorial; Ivón admitió la demanda y falló en su favor, condenando al pobre, a desprenderse de una moneda de oro; la hizo sonar sobre la mesa y, cuando el demandante iba a tomarla, decretó que el sonido de la moneda indemnizaba cumplidamente al señor por el aroma del estofado percibido por el demandado.

Aquí estamos delante de una agrupación universitaria, compuesta de estudiantes, profesores, gentes animadas por ideales y por ideas, en quienes hoy está y estará mañana depositada la confianza para orientar, proteger y distribuir los bienes inestimables consagrados en el título tercero de nuestra Carta Política. Una audiencia de tan eximia condición ha de inducirme a insistir en que los valores de la sociedad son los fundamentos para que el Estado de Derecho funcione y perfeccione sus objetivos. Por ello, es necesario repetir que la Universidad, esta Universidad debe propender sin reposo ni tregua por la dignificación de la enseñanza,

la profundización de disciplinas como la Filosofía del Derecho, sin interrumpir la misión de enarbolar la bandera de una invariable educación para la libertad. Preciso es advertir que el Derecho en la sociedad moderna está en proceso de creación. Que el jurista, en vez de representar el espíritu del pasado, ha de anticipar el futuro. Una agrupación de estudiantes y profesores no puede olvidar lo que sabe diariamente, que sus integrantes deben hacerse personalmente responsables del Derecho y la Libertad, conscientes de que la dignidad humana no es algo dado cada día, sino una meta por lograr. Y que ocuparse del Derecho, es también, tarea constante de cada ciudadano.

La trascendencia de la Filosofía del Derecho adquiere muy alta dimensión si enunciamos algunos de los temas que estudian los doctrinantes, los pensadores, los cultores de esta sólida disciplina: la democracia, el justo título para ejercer el poder estatal, las doctrinas del contrato político y del contrato social, el intervencionismo, el humanismo, la planificación, la libertad, el no necesario conflicto entre los valores individuales y los sociales. Pero, en otro orden de razonamientos, los grandes temas de la dignidad de la persona humana como matriz de los principios de la Estimativa Jurídica, los derechos del Hombre, el derecho a la vida como corolario básico de la dignidad de la persona individual, la libertad o autonomía personal, la libertad de pensamiento, de expresión, de conciencia, de opinión; la seguridad en las garantías procesales; la libertad de contraer o no matrimonio y de hacerlo con persona que preste su consentimiento; la de elegir ocupación, oficio, trabajo; la de circulación o movimiento; la inviolabilidad de la vida privada, de la familia y de correspondencia; la libertad de reunión y asociación para fines lícitos; el derecho a la propiedad, el principio de la igualdad, los derechos democráticos, las limitaciones a la libertad y a los derechos democráticos, los derechos sociales, el bienestar general, la justicia y la seguridad, principios todos esenciales para la vida diaria y para la convivencia; para la solidaridad social sin la cual no se da el consorcio humano. Son los valores que exalta la Filosofía del Derecho, y llevan a su institucionalización como factores esenciales de la vida de la sociedad civil en el Estado de Derecho.

SISTEMA DE BIBLIOTECAS UNAB



unab
Hemeroteca

REFORMAS AL REGIMEN PROBATORIO SEGUN EL DECRETO 2282 DE 1989

Daniel Suárez Hernández

En desarrollo de la Ley 30 de 1987, el Legislador Extraordinario expidió el Decreto No. 2282 de 1989, con el cual se introducen algunas reformas al régimen probatorio, previsto en el Código de Procedimiento Civil Colombiano de 1970, que tienden a hacer algunas precisiones y ajustes, pues, en verdad no se trata de modificaciones trascendentales.

Trafaremos, entonces, de poner de presente esos cambios, centrando la atención, en primer lugar, en lo que atañe con la parte general, para luego analizar cada medio de prueba en particular y, finalmente, referirnos a las "pruebas anticipadas".

A.— PARTE GENERAL

Rechazo de medios probatorios inconducentes, impertinentes y superfluos.— La reforma comienza por fortalecer la regla establecida en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto exige que las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso. Esta orientación sentada en el Código del 70 (Decreto 1400 de 1970), ahora se ve reforzada con normas que tienen que ver con los requisitos que debe cumplir la petición de pruebas, pues, el decreto de pruebas inconducentes, superfluas o impertinentes, atenta, no hay duda, contra la celeridad procesal e impide la pronta administración de justicia.

En punto tocante con la pertinencia, bueno es recordar que los medios probatorios propuestos deben apuntar a establecer solamente los hechos controvertidos, es decir, que la vinculación o relación entre el hecho por probar y el instrumento probatorio sugerido debe saltar a primera vista. Además, para lograr la celeridad anhelada en todo proceso, se establece que el auto que decreta las pruebas no tendrá recurso alguno y el que las niegue solo el de reposición. Creemos que hubiese sido más conveniente haber dejado la posibilidad de la reposición para ambos eventos, pues, puede ocurrir que se decrete un determinado medio de prueba inconducente o impertinente y, entonces, tal como está redactada la norma resultaría inimpugnable. Igual observación es válida para la providencia que ordene la práctica de un instrumento demostrativo superfluo.

Pruebas en trámite de excepciones previas.— Mención especial merece la primera parte del nuevo inciso segundo del artículo 98 *ibidem*, en cuanto dispone que: "El Juez se abstendrá de decretar pruebas de otra clase (distintas de la documental y anticipadas que obren en su poder) salvo cuando se alegue la falta de competencia por el domicilio de persona natural o por el lugar donde ocurrió el hecho, o por la cuantía cuando no se tratare de dinero, o la falta de integración del litisconsorcio necesari-

rio y ésta no apareciere en documento", eventos en los cuales también "Podrá solicitarse hasta dos testigos o el dictamen de un perito, el cual no es susceptible de objeción".

Las únicas probanzas que realmente se pueden acompañar con el escrito de excepciones previas o al de réplica a éstas, son las que tenga en su poder la parte, pues, las que no estén consigo tan solo podrá insinuar que el Juez las busque, o que las pida. Adicionalmente se indica en el mismo artículo 98 que con el escrito de excepción previa (y, obviamente, debemos entender con su contestación o réplica), se le puede pedir al Juez que ordene copias de otros documentos que se encuentren en lugares distintos, y, aún, en poder de la parte contraria. Con la exclusividad pretendida por la prueba documental se vuelve a la idea de la tarifa legal, pues, limita los casos en que podrá solicitarse "hasta dos testimonios o el dictamen de un perito, el cual no es susceptible de objeción". Pareciera arrepentirse el Decreto 2282/89 de lo prescrito por los Decretos 1.400 y 2019 de 1970, al consagrar la libertad absoluta de medios probatorios; ahora no, el documento será la prueba por excelencia, y excepcionalísimamente, para probar los hechos, referidos por el inciso 2 del artículo 98, solamente autoriza hasta dos testimonios y un dictamen pericial, cuya contradicción es restringida, puesto que no es susceptible de objeción. Resulta loable la celeridad que se quiso imprimir a la práctica de pruebas durante el trámite de las excepciones previas, pero parece peligroso el que tan solo con un testimonio, máximo con dos, se puedan establecer los hechos constitutivos de la excepción pertinente, cuando lo lógico es permitir, por ejemplo, que se llame a la parte contraria a interrogatorio, dado que la mejor fuente de información en los procesos la tienen precisamente las partes. Igual crítica merece lo relativo a la contradicción del dictamen pericial, en cuanto se privó de la posibilidad de objetarlo, por error grave, olvidando que los peritos con mucha frecuencia, en sus dictámenes cometen yerros mayúsculos.

Otra observación que bien puede hacerse al numeral 3o. del artículo 99, es en cuanto a su redacción. En efecto, allí se lee que: el demandante, dentro del término del traslado de las excepciones, puede pedir pruebas que versen sobre los hechos que configuren las excepciones propuestas, cuando lo cierto es que si se proponen excepciones previas lo que debe tratar el demandante es de aportar pruebas que desvirtúen, o que "no configuren" la supuesta excepción previa, o sea, que lo que debe demostrar es la no existencia de motivos que tipifiquen la citada excepción.

De otro lado, el mismo artículo 99 dice que el Juez resolverá, inmediatamente se hubiere surtido el traslado, deberá entenderse sobre excepciones previas que no requieran práctica de pruebas, puesto que en cuanto a las que requieren de dicha práctica, señalará 10 días para tal efecto.

Las pruebas y la audiencia inicial o de conciliación.— A este respecto vale la pena resaltar lo que regula el Parágrafo 6o. del artículo 101, en el sentido de que antes de concluir la audiencia inicial del artículo 101, las partes habrán de concretar los hechos materia de controversia, las pretensiones y las excepciones de mérito, vale decir, que todos los problemas formales deberán de quedar saneados, para que el proceso, después de

esa audiencia, se ocupe exclusivamente de las pretensiones y excepciones de mérito, y defensas en general. El precepto en comento establece que, a continuación, el Juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen expresamente los hechos en que estén de acuerdo; es decir, los invita para que acepten o confiesen hechos propuestos inicialmente y respecto de los cuales haya común acuerdo, siempre que fueren susceptibles de la prueba de confesión. Tales hechos los declarará probados el Juez mediante auto, en el que además señalará las pruebas que se desechan o rechazan por versar sobre los mismos hechos, así como las pretensiones y excepciones que queda excluidas de la litis como resultado de la conciliación parcial. El Juez no solamente debe conformarse con declarar probados esos hechos, sino además deberá rechazar las pruebas pedidas a ese respecto por resultar, entonces, irrelevantes, superfluas o intrascendentes, pues, al estar admitidos por confesión sobra cualquier otra actividad probatoria.

Inmediación en la práctica de pruebas.- El artículo 181 del C.P.C., insiste en que debe cumplirse el principio de la inmediación, el cual encuentra su aplicación, especialmente, cuando el Juez practica personalmente todas las pruebas; pero, si no lo pudiera hacer así, por razón del territorio, comisionará a otro para que en la misma forma las practique. Se prohíbe al Juez comisionar para la práctica de pruebas que hubieren de producirse en el lugar de su sede, así como para la realización de inspecciones judiciales dentro de su jurisdicción territorial. Y, viene un inciso final que permite a la Sala de Casación Civil de la Corte, comisionar para la práctica de inspección judicial a otras autoridades jurisdiccionales, cualquiera que fuere el lugar en que deba llevarse a cabo.

Oportunidades y términos probatorios.- En punto tocante a las oportunidades para la práctica de pruebas consagradas en el artículo 183 del C.P.C. se mantuvo el texto original, en tanto que el siguiente artículo (184) se refiere a "oportunidad adicional" y "preclusión", cuando se han dejado de practicar pruebas sin culpa de la parte que las pidió, a efecto de que el término señalado se amplíe a petición de aquella, hasta por otro igual, que se contará a partir de la notificación del auto que así lo disponga. Por su parte, el inciso segundo establece que vencido el término probatorio o el adicional en su caso, precluirá la oportunidad para practicar pruebas, y, el Juez deberá, so pena de incurrir en falta disciplinaria, disponer sin tardanza el trámite posterior que corresponda. El artículo 184 lo que quiso fue acabar con esos plazos ilimitados e indeterminados que en la práctica se vienen presentando. En efecto, existen providencias que dicen "ábrase a prueba" por 40 días, o por 30, o por 20, o por el término que sea, pero en la práctica señalan audiencias que rebasan esos plazos de ley, a más de que, en ocasiones, el Juez señala nuevas fechas con miras a cumplir con los deberes - poderes de las pruebas de oficio, por dos, tres, o, cuatro veces para que se surtan las mismas pruebas que ni siquiera ha intentado practicar. Por ello estimamos que el artículo 184 es bueno, en el sentido de insistir sobre la concentración de la práctica de las pruebas, dentro de los términos probatorios, a la vez que tampoco desconoce que existen ocasiones en donde es imposible practicar todas las pruebas dentro de ese perentorio término, y, por lo mismo, se concede

uno adicional hasta por otro tanto del inicial, pero por una sola vez, para respetar así el principio de la preclusión.

Prescendencia del término probatorio.- En cuanto respecta a la prescendencia, total o parcial, del término probatorio, el artículo 186 del C. de P. C., fue adicionado en el sentido de permitir esa posibilidad también en los incidentes y en los demás trámites dentro de los cuales exista práctica de pruebas, con lo cual se hace claridad sobre una práctica judicial reiterada que hasta ahora no había generado polémicas.

Prueba de la ley extranjera.- El artículo 188 fue aclarado para permitir que la ley extranjera cuya copia expida el Cónsul del respectivo país en Colombia, baste con la autenticación de su firma ante nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores. También mantiene la alternativa de que dicha ley sea expedida en copia por la autoridad competente del país extranjero, autenticada en la forma señalada en el artículo 259 del C.P.C.

Finalmente, en lo que atañe con la parte general, el artículo 193, sobre la práctica de pruebas en el extranjero, faculta al Juez para comisionar, por medio de exhorto, directamente al Cónsul o Agente Diplomático de Colombia en el país respectivo, a fin de que practiquen en su sede las diligencias, de conformidad con las leyes nacionales y se las devuelva sin el concurso del Ministerio de Relaciones Exteriores. Igualmente se faculta a dichas autoridades colombianas a fin de practicar todas las diligencias judiciales en materia civil, para las cuales fueren comisionadas. Se conserva la posibilidad de suplicar de autoridades judiciales extranjeras la colaboración para la práctica de pruebas; mediante cartas rogatorias que se tramitarán por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, con observancia de lo que dispongan los tratados públicos y los principios de derecho internacional.

B.- MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR

Procederemos enseguida a comentar las reformas que fueron introducidas, a cada uno de los medios probatorios, vale decir, la confesión, el juramento, el testimonio, los indicios, peritazgo, la inspección judicial, los informes y los documentos.

a) LA CONFESION

El artículo 199 sobre la prohibición de utilizar la prueba de confesión proveniente de los representantes de entidades de derecho público, se trató de redactar de una forma distinta, a como se hizo en 1970, pero en verdad fue muy poco lo que se cambió; en últimas, lo que se dice es que los apoderados judiciales de la Nación y de las demás entidades de derecho público allí mencionadas, no podrán confesar, al decir que su confesión no vale, pero luego en el inciso segundo establece que a los representantes administrativos de esas mismas entidades, no se les podrá provocar confesión, aunque en su defecto se les solicitará que rindan informes motivados bajo juramento, a voces del inciso 3. Se precisa que de dichos informes se dará traslado a las partes y se dispone que el incumplimiento

a este deber acarrea multa, como todas las del Decreto 2282, basadas en salarios mínimos mensuales (entre cinco a diez).

Entramos, ahora, propiamente a los cambios o modificaciones más importantes en materia de la prueba de confesión, y, en primer momento, tenemos el artículo 203, el cual fue mejorado en grado mayúsculo. Antes que todo acabó con aquella duda existente de si en los incidentes o durante el trámite incidental, podía llamarse a las partes de este a interrogatorios de parte, pues, opiniones muy autorizadas sostenían que no, porque el artículo 203 se refería al proceso y por una sola vez. De consiguiente, se estaba excluyendo la posibilidad del interrogatorio en los incidentes. Este artículo 203 nuevo dice que cuando se trate de incidentes o de diligencia de entrega o de secuestro de bienes podrá decretarse de oficio o a solicitud del interesado el interrogatorio de las partes y de los opositores que se encuentren presentes, en relación con los hechos objeto del incidente o de la diligencia, aún cuando hayan absuelto otro en el proceso. Como puede verse la claridad del nuevo artículo 203 es absoluta.

Queda, pues, claro que las partes que estén presentes durante audiencias o diligencias, pueden ser sometidas a interrogatorio; aún en las diligencias de entrega y de oposiciones de que tratan los artículos 337 y 338. Se contempla que de presentarse oposición sin la presencia de la parte, pero sí de su apoderado, el Juez podrá decretar el interrogatorio de aquella y se entenderá notificada en esa misma diligencia, vale decir en estrados, y con la carga de comparecer al Despacho, en la fecha que se señale a absolver el interrogatorio. Ya precisaremos, más adelante, cómo el artículo emplea una expresión equivocada; pero la idea es que a ese opositor le sobrevendrá una consecuencia desfavorable si no comparece, a pesar de no haber sido notificado personalmente, por la circunstancia de que su apoderado al hacer actos de oposición por él, se entiende que la notificación en dicha diligencia o audiencia lo obliga, o, lo que es igual, le es oponible.

Ahora bien, si se trata de terceros que no estuvieron presentes en la diligencia y se opusieron por intermedio de apoderado, el auto que decreta el interrogatorio quedará notificado en estrados y no tendrá recurso alguno, en él se ordenará que las personas que deben absolverlo comparezcan al Juzgado en el día y la hora que se señale, pero la diligencia solo se suspenderá una vez que se hayan practicado las demás pruebas que fueron precedentes. Esta es, pues, una regla de conducta para el Juez, que no puede, so pretexto de imposibilitarse el interrogatorio del opositor, suspender la diligencia, dado que debe proseguir y practicar todas las demás pruebas; y solo cuando reste por recaudar el interrogatorio a dicho opositor ausente, se suspenderá la diligencia para que se lleve a cabo en la fecha que se señale al efecto. Practicado el interrogatorio, o frustrado éste, por la no comparecencia del citado, se reanudará la diligencia; en el segundo caso, o sea cuando se frustre porque el absolvente no compareció, "se tendrá por cierto que el opositor no es poseedor". Esta expresión, en nuestro sentir está mal redactada, porque no siempre las oposiciones se hacen con base en la posesión, desde luego que hay oposiciones con fundamento en la tenencia, o por otras razones distintas, v.gr. por la falta de identidad de los bienes. De manera que cuando la norma señala que el

opositor "no es poseedor", deberá entenderse más bien que el efecto de la no comparecencia de tal opositor es la de tener por no ciertos los hechos en que fundó su oposición, con lo cual queda más genérico y más técnico el artículo en comento.

Por último el artículo 203 establece que al interrogatorio de los opositores se aplicará lo dispuesto en los artículos 207 a 214. Aquí hay una cita equivocada en cuanto a los artículos últimamente referidos porque no debió mencionarse hasta el artículo 214, sino tan solo hasta el artículo 210, pues, los artículos 211 y 212 versan sobre el juramento, y, los artículos 213 y 214 son los dos primeros de la prueba testimonial. De manera que debe entenderse que la referencia está hecha a los artículos 207 a 210 y no al 214 como aparece en el texto.

Merece resaltar los cambios introducidos al artículo 205, dado que su engorroso y tergiversado texto cambió por completo, para hacerlo más entendible y práctico, al establecer que el auto que decreta el interrogatorio anticipado de parte se notificará a ésta personalmente; mientras que el ordenador del interrogatorio en el curso del proceso, se notificará por estado. La reforma acoge lo que se venía insistiendo sobre el particular por muchos doctrinantes, pero que los Juzgados, en su mayoría, desafortunadamente, no cumplían. Fueron muchos los casos de interrogatorios anticipados en los cuales se surtió la notificación por aviso, obviamente sin que se tuviera la seguridad y la certeza de que dicha notificación cumpliera con su finalidad de informar o noticiar la orden judicial sobre el interrogatorio decretado.

El anterior mecanismo también se establece para el reconocimiento de documentos, previsto en el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, cuando sea dentro del proceso, porque en caso de reconocimiento extraprocesal la citación, de todas maneras, debe hacerse en forma personal.

En cuanto a la forma del interrogatorio, el artículo 207 permite que puede ser oral o escrito; será oral si la parte que lo solicita concurre a la audiencia, pues, en caso contrario deberá formularse por escrito, en pliego abierto o cerrado, que se deberá acompañar con la solicitud, o, por lo menos, presentarlo antes de la fecha señalada para el interrogatorio. Esta última exigencia tiene la finalidad de evitar que la parte solicitante del interrogatorio al comparecer a la audiencia, y a sabiendas de que el citado no se presenta, elabore y allegue cuestionario escrito, acomodado a sus intereses, con el propósito de obtener la declaración de confeso sobre tales hechos así preguntados.

Lo que resulta más importante y útil, de la reforma introducida al artículo 207, es la posibilidad de sustituir el cuestionario escrito por uno oral, o, viceversa. Así las cosas, si se ofrece hacer el interrogatorio oral y sobreviene cualquier obstáculo para asistir a la audiencia, bien puede presentarse cuestionario escrito. En varias oportunidades hemos propuesto la forma mixta del interrogatorio, pues, entendemos que en nada altera el derecho e igualdad de las partes el que se formule interrogatorio oral y luego se sustituya o adicione por la forma escrita. Por fortuna este sistema fue previsto en el nuevo artículo 207, con lo cual se pone fin a la negativa que sobre el punto presentaban algunos jueces, pues, la parte

que solicita la prueba, también, podrá, antes de iniciar el interrogatorio sustituir el pliego que haya presentado, por preguntas verbales, total o parcialmente.

Por su parte, al artículo 208, que regula la forma como debe llevarse a cabo el interrogatorio, se le da nueva redacción, manteniéndose la posibilidad de que el Juez, de oficio o a petición del interesado, interroge a las demás partes que estén presentes en la diligencia, y se adiciona, en el sentido de que si alguno de los intervinientes en ésta se negare a firmar, de ello se dejará la constancia respectiva.

Los restantes artículos sobre la prueba de confesión, que regulan lo atinente a la posposición de la audiencia, y la declaratoria de confesión ficta o presunta, esto es, los artículos 209 y 210, quedaron prácticamente iguales. Esta última preceptiva se adiciona solo en cuanto eleva a la categoría de indicio grave, en contra de la parte citada, su no comparecencia, sus respuestas evasivas o su negativa a responder, siempre y cuando que las preguntas no fueren acertivas, dado que si lo fueren de esta naturaleza lo que procede es la declaratoria de confeso.

b) EL JURAMENTO

Los artículos 211 y 212 del Código de Procedimiento Civil, que regulan el juramento como medio de prueba, no sufrieron modificación en la redacción y contenido de sus textos, pero en el nuevo artículo 418 del C. de P. C. que regula la rendición provocada de cuentas se consagra el juramento estimatorio, pues, el destinatario o acreedor de cuentas deberá indicar en la demanda, bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de aquella, lo que se le adeude o considere deber y si dicha estimación no es objetada, ni el demandado se opone ni propone excepciones previas, se dictará auto de acuerdo con aquella, el cual prescribirá mérito ejecutivo.

c) EL TESTIMONIO

El Código de Procedimiento Civil ahora utiliza mecanismo nuevo para convocar a terceros, a las partes y a colaboradores de la justicia, que es el telegrama. Debemos resaltar el contenido del artículo 224, cuando establece que a los testigos se les citará mediante telegrama, aunque también mantiene el caduco sistema de las boletas, que en verdad no sirve para nada.

También el artículo 225 precisa que la desobediencia del testigo a comparecer al Juzgado para rendir la declaración, será sancionada con una multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, quedando, de todas formas, con la obligación de comparecer y de prestar ese servicio cívico, como deber de todo ciudadano para con la administración de justicia.

El artículo 226 recalca casi lo mismo que tenemos hoy en día sobre requisitos del interrogatorio pero hace algunas precisiones en el sentido de que se puedan entregar cuadros de preguntas también para los testigos antes de la fecha señalada para el interrogatorio y que estos pliegos pueden ser sustituidos por preguntas orales, como se dijo para la prueba

de confesión en el caso del artículo 207.

Mención especial merece el artículo 228, por cuanto éste sí sufrió algunas modificaciones importantes, con miras a que los jueces cumplan con el deber de interrogar personal, directamente y en primer lugar a los testigos. En efecto, el numeral 2 del artículo 228 resalta que el Juez informará sucintamente al testigo acerca de los hechos objeto de la declaración; hoy ocurre que el artículo 228 no lo establece textualmente, y por ello los jueces llegan, identifican al testigo, le hacen las preguntas iniciales, esto es, las llamadas preguntas generales y luego les dice que informen lo que sepan en relación con el proceso que se debate, y, como podrá deducirse, el testigo no sabe cuál es el proceso ni mucho menos, lo que se debate. Entonces, como no sabe nada, le dan la palabra al señor apoderado que solicitó la prueba para que formule sus preguntas.

Con muy buen sentido práctico el artículo 228 vuelve a insistir en que el Juez debe preguntar, antes que las partes, pero con el deber de informar sucintamente sobre los hechos objeto de la declaración, como, por ejemplo, se le indicará que se está en presencia de un proceso de lanzamiento o de divorcio, entre quiénes o cuáles son las partes, es decir, hay que inducir un poco al estado general del proceso, y luego sí el juez deberá preguntar de mayor a menor; formulará preguntas generales sobre los hechos que se debaten, e irá descendiendo de tal manera que le pueda extraer al testigo una serie de información útil para las resultas finales del proceso. Obviamente, que después de que haga ese relato el testigo, si el Juez considera que ya está informado se le concederá el uso de la palabra al apoderado peticionante de la prueba, y agotado este interrogatorio al otro u otros apoderados para que formulen sus preguntas. Pero, en todo caso, el Juez puede preguntar en cualquier momento de la diligencia, interrumpir al apoderado que solicitó la práctica de la prueba, o cuando se agote el cuestionario puede retomar el uso de la palabra, tantas veces como lo considere necesario, para que se haga clara la situación que allí se está debatiendo.

Vemos con alguna preocupación la parte final del inciso 7o. del artículo 228 que se viene comentando, según la cual cuando se suspende la diligencia de testimonio, y las preguntas pendientes de respuesta hubieren sido formuladas por el Juez o por la parte contraria a la que solicitó la prueba, v.gr. para que el declarante haga averiguaciones, o por cualquiera otra circunstancia, se le señalará fecha y hora para la continuación de la misma, y si no comparece, su testimonio "carecerá de mérito probatorio", si el Juez "considera que las respuestas pendientes son indispensables". Es decir, todo parece indicar que se quiere restarle toda eficacia probatoria a la porción del testimonio que se ha surtido hasta entonces. Sin embargo, cuando el testigo o el apoderado que pidió la prueba justificare, dentro de los tres días siguientes, la no comparecencia, se señalará nueva fecha para la continuación de la audiencia, sin que pueda aplazarse otra vez.

Vemos muy confusa la redacción del referido numeral 7o. del artículo 228 del C.P.C., por lo siguiente: a) Por cuanto hace distinción entre el peticionante de la prueba, de un lado y el Juez y la contraparte, de otro lado. En efecto, lo relacionado con la ineficacia probatoria de lo parcialmente

declarado, se predica solo en cuanto las preguntas pendientes de respuesta provinieren del Juez o de la parte que no solicitó el testimonio. b) Porque si bien es cierto que la referida ineficacia la condiciona a la circunstancia de que el Juez considere que las respuestas pendientes sean indispensables, no precisó para qué propósito.

Cabe afirmar que la diferenciación planteada bajo el ordinal a) del párrafo inmediatamente anterior, no tiene razón de ser y más bien con ello se infringe el principio de igualdad de las partes en el proceso. Ahora bien, en cuanto al segundo aspecto, vale decir, el planteado bajo el ordinal b), creemos que el recto entendimiento de la norma impone afirmar que la ineficacia de la declaración parcial, tan solo es predicable cuando su complemento no logrado, fuere estrictamente indispensable para la estructuración del hecho o hechos por probar, porque si lo parcialmente declarado resultare suficiente para reflejar los hechos controvertidos, por sí solo o mediante la apreciación en conjunto con otra u otras probanzas, no existe razón alguna para desestimar la declaración fraccionada, claro está, siempre y cuando hubiere habido publicidad y contradicción de la misma.

En punto tocante a la ratificación de testimonios, o sea, lo previsto en el artículo 229, vale la pena destacar que aquella procede cuando se han rendido en otro proceso, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzca, o, cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299 del C.P.C. Hay un inciso del mencionado artículo 229, que va a resultar inocuo, pues, prevé que se podrá prescindir de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en la audiencia, y el Juez no lo considere necesario. Esto es caso similar a lo previsto por el artículo 361, para pedir pruebas en segunda instancia, cuando las partes de común acuerdo lo hagan, evento que en la práctica no ha tenido ocurrencia.

d) EL PERITAZGO

Este medio de prueba será útil y eficaz al proceso, en la medida en que quien ostenta la facultad y privilegio de escoger a los auxiliares de la justicia lo haga designando personas idóneas, pues, todo parece indicar que, con la nueva redacción del numeral 3o. del artículo 236 del C.P.C., los peritos no están obligados a manifestar "Bajo juramento" que prometerán desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo y mucho menos que cuentan con los conocimientos necesarios para rendir el dictamen, todo lo cual le quita el peso de eventuales sanciones imponibles a quienes juran en falso. En efecto, tal como quedó redactado el numeral aludido, la única manifestación que va precedida del juramento, en el momento de la posesión, es la relativa a que no se encuentran impedidos, dado que el siguiente giro verbal (prometerán) está separado por el signo ortográfico punto y coma, lo que nos lleva a sostener el anterior punto de vista.

Aspecto importante, reviste la diligencia de posesión de los peritos al permitir a las partes, fundamentalmente a quien no solicitó la prueba, presentar cuestionarios relacionados con los puntos materia de la solici-

tud de la prueba pericial, es decir, que no pueden ser materia completamente ajenas o extrañas a las planteadas inicialmente, porque sería una nueva peritación y, por lo mismo, en ciertos casos se requeriría de nuevos especialistas.

Este numeral 3o. del artículo 236 del C.P.C. tiene estrecha relación con lo prescrito por el numeral 2o. del artículo 246, al permitir que durante la práctica de la inspección judicial, el Juez después de examinar y verificar los objetos o personas materia de la diligencia "oír a los peritos sobre las cuestiones materia del dictamen, las que podrá ampliar de oficio o a petición de parte, si fuere necesario.

Luego, vienen unas reglas relacionadas con provisión para que los peritos puedan realizar su prueba, que no merecen mayor importancia.

El punto relacionado con la contradicción del dictamen, previsto en el artículo 238, mantiene las mismas tres formas tradicionales de contradicción, esto es, la complementación, la aclaración y la objeción por error grave, solo que en el numeral 2o. del mencionado artículo volvió a incurrirse en el mismo error del año 70 cuando se dice que el Juez accederá a la solicitud de aclaración o adición del dictamen, pues, no puede ser adición porque hay una gran diferencia entre este concepto y el de complementación. En efecto, complementar es hacer completo, hacer íntegro, hacer total, o llegar a la unidad, que es a lo cual se refiere la forma de contradicción prevista en el numeral anterior; en tanto que adicionar es, agregar algo nuevo, añadir algo distinto, y, entonces, si se permitieran esas adiciones lo mejor sería no hacer uso de la oportunidad brindada en la norma atrás comentada, y, más bien, cuando corran el traslado del dictamen proponer puntos nuevos, bajo el pretexto de una adición. Con ello se quiebra los principios de contradicción y de igualdad de oportunidades, a su vez que el de lealtad de las partes.

Eso no es lo que quiere o puede querer en ningún momento el Código, pues, lo que busca es que haya lealtad y que las oportunidades para someter cuestionarios a los peritos sean equilibradas hasta un determinado momento y que los peritos respondan por su informe o dictamen, pero no vayan a responder sobre hechos respecto de los cuales no se les había preguntado o ellos no tuvieron porqué indagar, ni prepararse, ni ensayar, ni hacer experimentos, etc. Entonces, esta palabra de adición que trae el numeral 2o. sugerimos sea entendida como complementación.

De otro lado, el numeral 4o. del artículo 238, que regula el procedimiento para la contradicción de la pericia, trae una novedad importante, consistente en que el dictamen puede ser objetado por error grave, siempre que el error haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas, con lo cual se está canalizando un poco más lo ya establecido sobre el particular por el Código del 70, pues, en éste simplemente se dijo "objeción por error grave" y nada más. Doctrinariamente se ha dicho que el error puede estar en un momento dado en el objeto analizado, en los estudios, ensayos o experimentaciones que hagan los peritos, pero que también, puede recaer sobre las conclusiones. Útil resultará la novedad de este precepto, dado que si el error endilgado al dictamen no afecta las conclusiones o no se origina en éstas, el Juez al valorarlo detectará la equivocación.

ción, hará caso omiso de dicho aparte y podrá acoger las conclusiones que no se encuentran afectadas por el error. Las conclusiones del dictamen que son las que realmente atan al Juez y a las partes en el proceso, pues son ellas las que van a servir de apoyo para el dictado del fallo, son las que habrá de ser tenidas en consideración.

De manera que los demás errores, así hayan sido garrafales o protuberantes, si no incidieron o no se originaron en las conclusiones no ameritan ser materia de objeción por error grave, por lo que el Juez deberá analizar el dictamen y el escrito de objeciones para ordenar o rechazar de plano el trámite de las mismas.

Acorde con la reforma al numeral 40., está la introducida al numeral 50. del mismo artículo 238, al imponer que el escrito de objeciones debe precisar el error y contendrá la aportación y petición de pruebas para demostrarlo.

Dicho escrito deberá evidenciar la incidencia del error enrostrado al dictamen en las conclusiones del mismo, o reflejar que aquel se originó en éstas. En lo demás se mantiene el texto original del artículo 238.

En cuanto a honorarios de peritos también hubo novedad. Se dice por el artículo 239 del C.P.C., que en el mismo auto que corre traslado del dictamen el Juez señalará el monto de los honorarios, con base en las tarifas que se elaboren para el efecto, e indicará o precisará cómo se deben pagar por las partes; si solamente una de éstas, o, ambas, y en este caso en qué proporción. Luego agrega que en el caso de que se requieran expertos de conocimientos muy especializados podrá el Juez señalarle "honorarios sin limitación alguna", lo cual puede prestarse a abusos, por lo que hubiera sido mejor decir que sin sujeción a la tarifa oficial, dado que el término "sin limitación alguna" literalmente está autorizando al Juez para que los fije sin cortapiza de ninguna especie. Se agrega, además, que, antes del vencimiento del traslado del escrito de objeciones, el objetante deberá presentar al Juzgado los títulos de depósito judicial o los recibos de los honorarios a su cargo, expedidos por los peritos, con lo cual se pone punto final a la polémica que se formó alrededor del texto original del artículo 239 del C.P.C., según el cual debe allegarse el título de depósito, y que de acuerdo a la doctrina de la Corte si se allegaban recibos expedidos por los peritos, no se tenían por idóneos para acreditar el pago de los honorarios y, por ende, no se le daba trámite a las objeciones. Ahora por fortuna, y para corregir esa jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, se estableció que se alleguen los recibos de consignación o los recibos expedidos directamente por los peritos.

Más novedad presenta el contexto del inciso 2 del artículo 239 que se comenta, en cuanto no adscribe sanción o efecto desfavorable a quien objeta el dictamen sin acreditar el pago de los honorarios de los peritos, como se venía exigiendo para el trámite de dicha objeción; de manera que hoy se puede objetar sin mayor restricción. No consideramos afortunada la supresión de dicha sanción (no tener por presentado el escrito de objeción), porque seguramente se abusará de las objeciones por error grave. Aparentemente la nueva regulación brinda mayor garantía para las partes, pero a su vez constituye posibilidad de abuso, pues, en el fondo se le permite objetar sin restricción, al menos por este aspecto del no pago de

los honorarios.

Para morigerar la laxitud del inciso 2 del artículo 239, el Juez deberá darle estricto cumplimiento al contenido del último inciso del artículo 388, esto es que no oirá a la parte deudora de tales honorarios, sin necesidad de requerimiento y, en todo caso, no apreciará la prueba.

e) INFORMES

Algunos autores de pruebas han venido sosteniendo que no existe la prueba de informes, como medio autónomo, dado que la asimilan a la pericial por estar dentro del capítulo que regula este medio de prueba. Ahora, con el nuevo texto del artículo 243 del C.P.C. se delimitó en forma precisa el campo de esos dos medios probatorios, con lo cual cobra fuerza nuestra tesis reiterada en el sentido que los informes no pueden confundirse con la prueba pericial, porque no reúnen los requisitos mínimos esenciales de ésta.

En efecto, en el mencionado artículo, hoy se regulan dos medios totalmente distintos, pues, por un lado los Jueces podrán solicitar, de oficio o a petición de parte, "informes técnicos o científicos, sobre avalúos y otros hechos de interés para el proceso, a los médicos legistas, a la policía judicial, al Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' y en general a las entidades y dependencias oficiales que dispongan de personal especializado, y a las que tengan el carácter de consultoras del gobierno", lo cual es típica prueba de informes. Tales informes deberán ser motivados y rendirse bajo juramento, que se entenderá prestado por el solo hecho de la firma y se pondrá en conocimiento de las partes por el término de tres (3) días para que pueda pedir que se complementen o aclaren.

De otro lado, "también podrá el Juez utilizar los servicios de dichas entidades y dependencias oficiales para peritaciones, que versen sobre materias propias de la actividad de aquellas" ya no para informes sino para otro medio de prueba bien distinto, "con tal fin las decretará y ordenará librar el oficio respectivo para que el director de las mismas designe el funcionario o los funcionarios que deben rendir el dictamen". Para tal propósito "dichos funcionarios deberán rendir el dictamen en el término que el Juez les señale, el cual se considerará rendido bajo la gravedad del juramento de que trata el numeral 30. del artículo 236, por el solo hecho de la firma, y se remitirá al Juez por conducto del mismo director".

También se consagra la posibilidad de que las partes "dentro de la ejecutoria del auto que decreta el dictamen", puedan pedir que éste se extienda a otros puntos relacionados con las cuestiones sobre las cuales se decretó, tal como lo prevé el numeral 40. del artículo 236 *ibidem*. Prevé la norma que antes de surtirse el dictamen, si el director de la entidad o dependencia oficial considera que se requiere algún dinero para elementos, viáticos o transporte de los funcionarios de dicha dependencia o entidad oficial que va a rendir el dictamen, o que lo necesitan para hacer ensayos o averiguaciones, así lo hará saber al Juez, quien dispondrá que la parte interesada, o, las partes, según el caso, consignen tales dineros dentro de los tres (3) días siguientes, so pena de que se entienda desistida tal prueba pericial.

Finalmente, cabe observar que para la rendición del dictamen se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 237. Una vez devuelto el despacho al Juez, se procederá como lo indica el artículo 238, o sea, que se someterá al conocimiento de las partes para que se surta su contradicción. Ese dictamen así rendido por funcionarios de entidades oficiales será susceptible de objeción por error grave, dado que esta modalidad de controvertirlo no está restringida ni prohibida.

Nada dijo el artículo 243 sobre honorarios de esos peritos oficiales, tal vez en razón a que son funcionarios públicos que están devengando sueldos del ente oficial al cual están inscritos y, por lo mismo, no resultaría lógico que obtengan remuneración adicional por desarrollar una función propia de sus empleos.

Las delimitaciones establecidas en el nuevo artículo 243 del C. de P.C., entre la peritación y la prueba de informes, son, como puede observarse, muy claras y, por ende, ninguno de los comentaristas del Código podrá poner en duda, la existencia y autonomía de este último medio probatorio.

f) INSPECCION JUDICIAL

En cuanto a la inspección judicial, el artículo 246 del C.P.C. fue ajustado en sus varios numerales sin mayores innovaciones. Importa resaltar, fundamentalmente, que el Juez deberá dejar constancia, en el acta, de sus apreciaciones, como que en eso consiste la esencia de dicho medio de prueba; en aquella se consignará lo que el Juez personalmente pudo apreciar, el impacto que los hechos verificados le produjeron y, en fin, toda circunstancia relevante que sirva para una mejor comprensión de los hechos. Es muy importante recalcar tales aspectos, habida cuenta de que normalmente se acostumbra a consignar en el acta solo constancias, alegaciones y debates a instancia de los abogados, dejando de lado lo esencial de la prueba, cual es lo percibido y observado directamente por los órganos de los sentidos del Juez.

No sobra recavar que la importancia de la inspección judicial radica en el reconocimiento directo por parte del Juez, quien sin intermediario deberá estar en contacto con las cosas, objetos y personas materia de su análisis, para reflejar en el acta sus percepciones personales que servirán para futura memoria de lo que fue su impacto psicológico producto de sus vivencias. Lo demás son alegaciones u observaciones que hacen las partes, dirigidas obviamente, en pro de sus posiciones, pero es el Juez quien debe consignar cuál fue su impresión o reflejo sobre los hechos controvertidos.

Por último, el referido artículo 246 del C. de P.C., fue adicionado con el numeral 8o., para permitir que de oficio, o a solicitud del interesado, se interrogue a las partes presentes en la diligencia, sobre hechos relacionados con ésta. Queda así, complementado el numeral 3o. del mismo artículo que brinda la posibilidad de recibir documentos y declaraciones de terceros, con lo cual se pone fin a la discusión doctrinaria que sobre el particular existía.

g) LOS INDICIOS.

La prueba de indicios, regulada en los artículos 248 a 250 del Código de Procedimiento Civil, no fue objeto de modificaciones. El Decreto 2282 de 1989, en varios artículos, utilizó la calificación de indicio grave para algunas conductas o comportamientos procesales de las partes, y que en el actual código apenas se les daba la consecuencia de indicio. Así, por ejemplo, la falta de contestación de la demanda, o, del pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de la demanda (Art. 95) o la no comparecencia, respuesta evasiva o la negativa a responder el interrogatorio de parte. Conductas que en adelante se apreciarán como "indicio grave" en contra de la parte demandada o citada, según sea el caso.

Se quiso, pues, cuantificar el valor del indicio, lo cual no es más que otro rezago de tarifa legal en materia de pruebas, que si bien es cierto puede servir de prevención para las partes, a fin de que siempre deben obrar con lealtad y claridad, no lo es menos que de alguna manera ata al Juez en su labor de valoración y crítica de las pruebas.

h) DOCUMENTOS.

En materia de documentos, también hubo algunas modificaciones, o, mejor, ajustes importantes. Así tenemos el artículo 251 del C. de P.C., que en aspectos relacionados con la autenticidad del documento privado mantiene la gran distinción entre documento público, que nace auténtico, y documento privado que nace desprovisto de autenticidad, a menos que la ley presuma, excepcionalmente, esa autenticidad. El artículo 252 consigna las formas como los documentos privados adquieren autenticidad.

Mención especial merece el numeral 3 del referido artículo al atribuirle autenticidad al documento privado "habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289", pues, el Decreto 2282 adiciona tal precepto con un inciso para hacer extensiva esa autenticidad "a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen", siempre que se haga la afirmación que corresponde a ella. De manera que si estos documentos no fueron oportunamente tachados como falsos, cobrarán autenticidad. No ocurre lo mismo cuando esos documentos se aducen contra los sucesores del causante a quien se le atribuyen, por cuanto a ellos se les permite asumir una posición distinta, dado que no es necesario que lo tachen de falso, sino que basta con que manifiesten que no les consta que provengan de su causante, para impedir que cobren autenticidad, caso en el cual quien pretenda sacar provecho o ventaja del documento tendrá que adelantar el incidente de autenticidad, para que a través de los diversos medios de prueba, por ejemplo la peritación grafotécnica, la testimonial, los documentos incluyendo los llamados principios de prueba por escrito, etc., el Juez llegue a la conclusión que, aunque el documento no tenía autenticidad, la cobra en virtud de esas evidencias.

Ahora bien, cuando la parte contra quien se atribuye documento privado desprovisto de autenticidad y lo tacha o desconoce, el aportante tendrá la carga de la prueba para demostrar su autenticidad, no como algunos creen que quien lo tacha lleva la carga de probar la falsedad, pues, con el solo desconocimiento basta para dejar la duda sobre su verdadero autor. Por eso, tal vez hubiera sido mejor utilizar en el numeral 3 del artículo 252 del C.P.C. una expresión inequívoca, en el sentido de que una vez tachados aquellos documentos, quien quiera valerse de los mismos correrá con la carga de probar su autenticidad. Resulta inapropiada la expresión "ésta no lo tacho de falso oportunamente" porque da la sensación de indicar que quien formula la tacha tuviere la carga de probar la falsedad. Distinta es la situación en la tacha de documento público o de documento privado auténtico, evento en el cual quien tacha debe probar la falsedad de aquellos. Así pues, cuando el código habló de "tacha" lo hizo de manera errónea, más bien debió utilizar la expresión "desconocimiento" del referido documento, porque cuando esto no sucede opera el reconocimiento implícito del mismo. Así, pues, cuando el Código habló de tacha, lo hizo de manera equivocada; más bien debió decir "desconocimiento de autoría de esos documentos", porque cuando esto no sucede opera el reconocimiento implícito.

Por último, en materia de presunciones de autenticidad este artículo 252 aumentó el listado que traía el Código del 70; por ejemplo, en punto tocante a las pólizas de seguro, el Código del 70 decía que se presumían auténticas las firmas, mientras que ahora se extiende esa presunción a su contenido y a los recibos de pago de primas, pero dejó de lado otros documentos importantes como son los certificados de seguro y los anexos que tanto se utilizan en esta materia. También se incluyen dentro de esta enumeración las cartas de crédito que no aparecían, originalmente, los contratos de prenda con entidades de crédito, los contratos de cuenta corriente bancarios y documentos que se originan en dichas cuentas corrientes como los recibos de consignación, notas débito, notas crédito, créditos, y, en fin, se extiende un poco más la enumeración, para terminar diciendo que la ley podrá otorgar tal presunción de autenticidad a otros documentos privados.

Las demás normas relacionadas con pruebas documentales, que vienen después del artículo 252 no presentan verdaderas reformas, que justifiquen comentarios especiales, más bien constituyen ajustes elementales a los textos originales.

C. PRUEBAS ANTICIPADAS

En materias de pruebas anticipadas se hizo una precisión importante, en el sentido de que se mantiene y permite tal sistema, pero casi con la exigencia indispensable de la citación de la futura contraparte. Excepcionalmente se permite la práctica de pruebas anticipadas sin citación de la futura contraparte, especialmente cuando no se vayan a utilizar para efectos judiciales, como para el cobro de pensiones y demostración de supervivencia, que a pesar de su importancia la jurisdicción no tiene por qué ocuparse de su procesamiento y, por eso, en el caso de los

testimonios, para estos últimos efectos, deberán rendirse ante notarios o alcaldes.

Precisa el inciso primero del artículo 300 del C. de P.C. que podrá pedirse, con citación de la presunta contraparte o sin ella, como prueba anticipada la práctica de inspección judicial sobre personas, lugares, cosas o documentos que hubieren de ser materia de un proceso, cuando exista fundado temor de que el transcurso del tiempo pueda alterar su situación o dificultar su reconocimiento; y, por su parte, el inciso segundo contempla la posibilidad del dictamen anticipado de peritos, condicionando su decreto a que se cite la persona contra quien se pretende hacer valer, siguiendo en este aspecto a la legislación alemana, donde es presupuesto de las pruebas anticipadas la citación de la futura parte contraria.

Finalmente, vale la pena destacar el precepto contenido en el inciso segundo del artículo 301, según el cual la citación para interrogatorio de parte y exhibición de documentos o de otro bien mueble, cuando ello ocurra en forma anticipada, deberá hacerse mediante notificación personal, sin que sea admisible el emplazamiento del citado; mientras que cuando se trata de reconocimiento de documentos, presentados como base de recaudo en proceso ejecutivo (Art. 489), se permite el emplazamiento con observancia de los casos requisitos previstos en los artículos 318 y 320. No para que el curador ad-litem, designado reconozca tales documentos, sino para adelantar con él a instancia del actor el trámite de autenticidad del documento.

Esta última posibilidad que brinda el Decreto 2282/89 es realmente útil y viene a llenar un vacío frente al cual la mayoría de Juzgados optaban por negar el emplazamiento, bajo el argumento de que el acto de reconocimiento es personal, y, entonces, el eventual ejecutante tenía que seguir insistiendo en una notificación imposible, bien porque desconocía el paradero del citado o porque éste definitivamente se ocultaba.

DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

Bogotá, febrero/90.

EL CONGRESO QUE QUEREMOS

Raúl Pacheco Blanco

INTRODUCCION

Si bien es cierto que el país no se ha puesto de acuerdo en las líneas generales de lo que debe ser la reforma constitucional que se quiere, si se ha establecido hasta el momento una especie de consenso en torno a dos temas fundamentales: la reforma del Congreso y la reforma de la justicia.

Nos interesa tocar el tema del congreso y para tal efecto nos vamos a situar en la siguiente perspectiva: analizaremos primero qué clase de congreso hemos tenido, para aprovechar la oportunidad de rastrear un tanto en nuestra historia sobre las características de ese Congreso, tomando como base las diferentes constituciones para luego entrar a analizar cuál es el modelo que quiere el gobierno del Presidente Gaviria, de acuerdo con los proyectos ya elaborados, y, en últimas, trazar las líneas generales del Congreso que nosotros queremos.

1. Que clase de Congreso hemos tenido?

En una primera etapa que muchos constitucionalistas llaman revolucionaria, por cuanto la nación no se había estabilizado y la guerra de liberación continuaba, no podemos encontrar un modelo de congreso nacional, pues la intención más desarrollada fue la de acentuar el poder de las regiones y trasladar prácticamente la organización hacia una especie de federalismo.

De ahí surgieron nuestras célebres cartas constitucionales del Socorro, Cundinamarca, Antioquia, Cartagena, etc.

Andando el tiempo y consolidado el proceso de independencia, la nación trata de encontrarse y produce una tentativa ambiciosa como fue el experimento de la Gran Colombia, concretado en la Constitución de Cúcuta de 1821.

Aquí ya el país comienza a andar. Quizá con un exceso de optimismo. El afán integrador se manifiesta y produce sus efectos.

A partir de ese momento podemos ver cuál es el deseo de organizar nuestros tres poderes, de acuerdo con la teoría de Montesquieu. Y deja definido desde un principio, la marcada intención de crear un poder ejecutivo fuerte, que se acerque a la concepción norteamericana del presidencialismo.

Pero jugando a su alrededor, empezamos a estructurar un poder legislativo, que si bien no cumplía la ortodoxa función de contrapeso del ejecutivo, por lo menos atendía a los requerimientos de nuestra legislación y articulaba los deseos de la nación en momentos históricos decisivos.

El congreso legislaba y servía de caja de resonancia de la nación en cuanto a sus problemas mayores. Y ejercía un control político. El bloque de constituciones que van desde 1821 hasta 1843 y que corresponde a una etapa de consolidación de la nación y de organización del Estado, siguen señalando al ejecutivo como el motor decisivo de nuestras instituciones y el Congreso el asilo tradicional de la clase dirigente de la época.

Ya en 1853 se hace una variación en el planteamiento y el sistema presidencial es cuestionado, se le ponen barreras, se le dan un poco más de prerrogativas al Congreso, pero no se cambia la estructura, es decir no pasamos de un sistema presidencial a uno parlamentario.

La generación radical que fue la gestora de este giro a favor del Congreso, nunca llegó a tocar la estructura del presidencialismo, dividiendo el poder entre un jefe de Estado y un jefe de gobierno, por ejemplo.

Se pusieron sí en práctica mecanismos de contrapeso, como ocurrió con la constitución de 1863, cuando el Art. 51 (1) señalaba que el senado tenía que aprobar el nombramiento de los secretarios de Estado, con lo cual se quiso amarrar concretamente al general Mosquera, para que no diera rienda suelta a su buen apetito de poder. Y que luego sirvió a otros mandatarios, como a Núñez, quien le hizo la vida imposible al anciano Presidente Zaldua, hasta que Dios se apiadó de él y se lo llevó a gozar en su seno.

Y esa misma constitución le daba al Senado el control constitucional sobre los actos legislativos de las asambleas de los Estados, control que hoy está en manos de la Corte Suprema de Justicia. (2) Pero de ahí no pasaron. Lo cual nos da una idea del arraigo del sistema presidencial, que aún en sus peores épocas logró sobrevivir. Simplemente lo que quiso hacer fue atenuar su poder, pero no fraccionarlo, a la usanza parlamentaria.

Y ya la Constitución de 1886 viene a consolidar aún más en el sistema presidencial, dándole prerrogativas como el de la irresponsabilidad de su titular, el manejo del orden público con amplias facultades y la iniciativa legislativa, hasta tal punto que se llegó a considerar que la constitución prácticamente consagraba un monarca sin corona. (3).

Quizás lo más avanzado que hubo en materia de atribuciones al Congreso fue el régimen de asamblea que implantó la constitución del Estado Soberano de Santander de 1857, cuando el Presidente del Estado debía ser elegido por la Asamblea, quedaba sometido a ella y podía proceder a destituirlo. (4).

Sistema éste que se fue desmontando poco a poco, hasta que el general Wilches, en su célebre constitución de 1880, le dio el golpe de gracia y volvió por los fueros del ejecutivo. (5).

El bicameralismo ha sido otra de las características de nuestro de-

1) Diego Uribe Vargas. Las Constituciones de Colombia, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1.977, tomo II, pág. 944.

2) Diego Uribe Vargas, *Ibidem*, pág. 944.

3) Diego Uribe Vargas, *Ibidem*, págs. 992 y sgtes.

4) José Fulgencio Gutiérrez, Santander y sus Municipios, pág. 231.

5) Gaceta de Santander, Socorro Julio 1.880, arts. 28 y 29

recho constitucional.

Sin que haya existido desde luego una razón de fondo para crear dos cámaras.

Copiamos el esquema inglés sin beneficio de inventario y nos dedicamos a hacer distintas variaciones para tratar de justificar la existencia de las dos cámaras.

Así en un principio, en la constitución de 1821, formamos un senado con miembros elegidos por los departamentos, mientras que la cámara era elegida por las provincias, con base en la población. (6) En la constitución de 1830 desarrollamos el mismo esquema y, en la de 1863 establecimos la siguiente variante, le dimos a los Estados la representación al Senado, de a tres senadores por cada uno de ellos y en cambio a la cámara llevamos los representantes del pueblo colombiano de acuerdo con la población. (7).

En la de 1886 los senadores eran elegidos por los departamentos, de a tres senadores por cada uno de ellos.

Y en la Cámara, de acuerdo con el número de habitantes. (8).

Quisimos encontrarle otra justificación al bicameralismo en la edad de los congresistas, llevando a los más jóvenes a la Cámara y a los de más experiencia al Senado.

Y por último, repartimos indiscriminadamente funciones a una y otra Cámara, como la de elegir funcionarios tan importantes como el Procurador y el Contralor a la Cámara de Representantes, y los de conceder asensos a los militares al Senado, para citar solo dos ejemplos.

Por lo tanto, seguimos sin justificar plenamente la existencia del bicameralismo. Pero se enraizó ya por el simple paso del tiempo. También tratamos de ensayar una salida corporativista durante el gobierno de Laureano Gómez, pero las circunstancias políticas derivadas del golpe de estado contra su gobierno, impidieron que se hubiera puesto en práctica tal ensayo. (9).

No obstante era novedosa, pues al Senado llegaban únicamente los representantes de los gremios económicos, mientras que la Cámara sí era de carácter político y elegida popularmente.

En las décadas de los años 20s, 30s, y 40s, al agudizarse el conflicto entre los partidos, solo ayudó a servir de estímulo de la violencia.

Por un largo período viene su eclipse hasta que se introduce el sistema del Frente Nacional y se pone de nuevo en actividad el juego democrático y el funcionamiento de los poderes.

En la constitución de 1.968 se realizó una redistribución de funciones entre el ejecutivo y el legislativo, dándole desde luego más atribuciones al ejecutivo.

Pero en cuanto al Congreso, se fortaleció o se trató de fortalecer, para ser más exactos, el control y vigilancia de los planes y programas del go-

6) Diego Uribe Vargas, *Ibidem*, págs. 723 y sgtes.

7) Diego Uribe Vargas, *Ibidem*, pág. 941.

8) Diego Uribe Vargas, *Ibidem*, págs. 987 y sgtes.

9) Historia de Colombia, Oveja Negra, *Intento Corporativista del Estado N° 23*, págs. 372 y 373.

bierno, creando la célebre Comisión del Plan, que nunca llegó a funcionar.

Ese pues, ha sido el Congreso que hemos tenido.

Ahora veamos cuál es la propuesta del gobierno Gaviria, que desde luego se puede enriquecer pues se ha llamado a los diferentes partidos y movimientos para que colaboren en la enmienda.

2. La propuesta Gaviria

El Presidente Gaviria sienta una premisa al traer a cuento una cita del expresidente Lleras Camargo, cuando quiere señalar el papel que debe cumplir el Congreso: "El Congreso en mi opinión no se mejora mientras no tenga más funciones y más responsabilidades, y no por el camino presente que lo convierte en una rama accesoria y dependiente del órgano ejecutivo. Los liberales pensamos así". (10)

Para desarrollar esa idea el Presidente Gaviria sintetizó en su discurso de posesión sus líneas generales así: "es importante que la Asamblea examine la conveniencia de buscar algunas diferencias funcionales entre Senado y Cámara, como por ejemplo, las que ha sugerido el expresidente López Michelsen de que el Senado cumpla la función de ratificar los tratados públicos y la Cámara de Representantes la de darle trámite al presupuesto nacional. Particularmente en lo que hace relación al Senado es bueno examinar la posibilidad de que sin menoscabo de su actual representación regional, se enriquezca con un número de miembros elegidos por circunscripción nacional. Esto le permitiría a los movimientos minoritarios o fuerzas sociales llegar a esa alta corporación legislativa. Sería igualmente interesante examinar la posibilidad de que la Cámara de Representantes tuviera un origen que no fuera departamental sino zonal o provincial, de tal manera que esté más cerca de los intereses locales. Robustecer el control político que debe ejercer el Congreso, es una empresa fundamental para restablecer el equilibrio entre las ramas del poder público y evitar que el legislativo se convierta en un apéndice del ejecutivo. Se han hecho ya varios intentos que han fracasado en medio de la lentitud de nuestro cambio institucional. Igualmente se podrá establecer la moción de censura, la de observaciones o ambas. Hay quienes se aterrorizan frente a la eventualidad de que, por acción del Congreso, debe renunciar un ministro o pueda ser investigado algún particular por comisiones de congresistas. Pero sería un primer paso que introduciría en nuestro régimen constitucional un elemento de los sistemas parlamentarios. Hay que reglamentar la iniciativa de los congresistas en materia de hacienda pública, sin menoscabo de la iniciativa del gasto, que corresponde al gobierno, como lo estableció la reforma de 1.968. La deliberación sobre las políticas públicas, las decisiones sobre la orientación y magnitud del gasto gubernamental constituyen la principal función del Congreso en cualquier democracia. Persistir en un proceso de planificación presupuestal técnico, cerrado y antidemocrático impide

10) El Tiempo, jueves 29 Marzo 1.990, pág. 6A, columna 1ª

que las regiones y los sectores sociales se solidaricen con estas decisiones y hace que, en cambio, se sientan abandonados y discriminados. Es necesario corregir esa desviación y eliminar los auxilios parlamentarios. Como se estableció en la malograda reforma de 1.979, se debe fijar un severo régimen de inhabilidades y conflicto de intereses, así como precisas causales y procedimientos de pérdida de investidura y estricta reglamentación del llamado "turismo parlamentario". La modernización del control fiscal será otra de las grandes misiones de la Asamblea Constituyente". (11). (El Tiempo, 8 de Agosto de 1.990, Pág. 6 A y 7 A).

Posteriormente se firmó un acuerdo entre los distintos partidos que tienen representación en el gabinete y aceptaron la estructura de la propuesta Gaviria, aportando una que otra cosa nueva y que podemos concretar en los siguientes puntos: 1) Consagración de diferencias funcionales; 2) Circunscripción nacional para grupos minoritarios; 3) Revisión de sesiones; 4) Revisión régimen de comisiones; 5) Revisión elección Contralor y Procurador; 6) Fortalecimiento participación del Congreso en lo referente a planeación y presupuesto; 7) Límite en la concesión de facultades extraordinarias; 8) Revisión de la potestad reglamentaria; 9) Ampliación a ciudadanos de la iniciativa legislativa; 10) Fortalecimiento del control político, supresión de prohibiciones del Art. 78 y 11) Estatuto del Congresista. (12)

En cuanto a estos puntos nos parece que no tiene discusión los que se refieren al régimen de sesiones, de comisiones y el Estatuto del Congresista.

Y estamos en desacuerdo con el fortalecimiento de la participación del Congreso en la planeación y en el presupuesto, en cuanto al límite en la concesión de facultades extraordinarias, revisión de la potestad reglamentaria, ampliación de la capacidad legislativa a los ciudadanos y supresión de las prohibiciones del Art. 78. (13)

Si se considera una buena cosa la eliminación de los auxilios parlamentarios, ésta va a tener una contraprestación demasiado costosa que es la de darle atribuciones al Congreso para que intervenga más directamente en la elaboración y aprobación del plan de desarrollo y del presupuesto, con el objeto de democratizar el procedimiento.

En este sentido seguimos creyendo con la constitución de 1.968, que la elaboración del presupuesto y el plan de desarrollo son tareas de índole técnica que deben estar en manos de los expertos del ejecutivo. Y en cuanto a la democratización del proceso debe tenerse en cuenta que hoy goza de mayor credibilidad el ejecutivo y que cuando se vota por él, se le está entregando su confianza para poner en práctica un determinado plan de desarrollo que generalmente se expone en la campaña y, un presupuesto que define también las líneas generales del gasto público.

Sería muy grave que para librar al país de los auxilios parlamentarios se le diera al Congreso la facultad de intervenir más directamente en la elaboración del plan y del presupuesto, ya que éste es un trabajo de

11) El Tiempo, 8 Agosto 1.990, págs. 6A y 7A.

12) Vanguardia Liberal, 24 Agosto 1.990, pág. 10.

13) Constitución Política de Colombia, Temis, 1.983, pág. 45.

macroeconomía que los parlamentarios no están en condiciones de manejar.

Y como se quiere debilitar al ejecutivo, se plantea la limitación en cuanto a facultades extraordinarias y en cuanto a la potestad reglamentaria. Lo cual se complementa con el implantamiento de los votos de censura y de observaciones.

Como lo ha dicho el Presidente, se buscan unos elementos del sistema parlamentario para adecuarlos a nuestro sistema presidencial. Pero esto va en detrimento no solamente del presidencialismo, sino de la estabilidad del país.

El espectáculo de un Congreso con la facultad del voto de censura no haría más que incentivar a los parlamentarios para ir a practicar el deporte de la caza de ministros, como ocurrió en la IV república francesa.

Y en cuanto a la extensión de la capacidad legislativa de los ciudadanos no pasa de ser un simple espejismo, por cuanto lo importante no es la capacidad de iniciativa, sino la capacidad de imposición.

3. El Congreso que Queremos

Hacia dónde se debe enderezar ese congreso que el país está pidiendo y que no tiene nada que ver con la ampliación de sus funciones, sino con el cumplimiento estricto de las que tiene? Creo interpretar un sentimiento general en el sentido de que el Congreso no debe abarcar más áreas de las que maneja sino simplemente convertirse o convertirlo en un órgano operante.

Por eso estamos de acuerdo con la consagración de diferencias funcionales, la circunscripción nacional para grupos minoritarios, la revisión de la elección del Contralor y del Procurador y el fortalecimiento del control político.

La actual división de funciones entre Senado y Cámara no tiene sentido, es completamente arbitraria.

La circunscripción nacional para grupos minoritarios si tiene un alto contenido democrático y obedece a una realidad nacional palpable, como es el caso de la representación de los indígenas.

Se le debe rodear si, de una estricta reglamentación. En cuanto al origen o elección de funcionarios tan importantes como el Contralor y el Procurador, también es un pedido nacional de que se cambie el actual sistema, por cuanto hizo crisis. Nosotros consideramos que el Procurador debe tener un origen popular. Por tratarse de un funcionario que representa a la sociedad, al pueblo en general y, que tiene una honda raigambre en nuestro derecho constitucional, debe volver a sus orígenes democráticos.

No así el contralor, cuyas funciones son técnicas y envuelven un alto contenido moral, debe ser elegido por un cuerpo que tenga la respetabilidad y la credibilidad de la Corte Suprema de Justicia, de una terna que le envíe el Presidente de la República.

Y el fortalecimiento del control político, que considero lo fundamental. Por eso podríamos ensayar un sistema que divida el Congreso y, las funciones que tradicionalmente realiza, sean repartidas entre el Senado y

la Cámara.

Según Maurice Duverger los parlamentos occidentales ejercen un triple poder: de delimitación, de control y de impulso. (14)

A su vez el poder de delimitación incluye el poder presupuestario, el poder legislativo y la ratificación de los tratados.

Por qué no le damos al Senado el poder legislativo y el de la ratificación de los tratados y dejamos a la Cámara de Representantes dedicada a ejercer el poder de control político, el de impulso y el presupuestario?

El bicameralismo ha venido perdiendo terreno, pues se busca una mayor eficacia a través de una sola Cámara que haga las leyes en una forma más expedita y ágil.

De ahí que al entregarle al Senado la capacidad de hacer las leyes, en forma exclusiva, podríamos buscar un colaborador más eficaz del ejecutivo, pues aceleraríamos el trámite legislativo. Y el Senado también entraría a conocer sobre la aprobación de los tratados públicos de mayor importancia.

En cuanto a la Cámara de Representantes, la pondríamos a ejercer el control político, con el fin de que allí se hicieran los grandes debates y se realizara una vigilancia administrativa que se podría combinar con la Procuraduría.

También ejercería el poder de impulso que llama Duverger, para que sirviera de intermediario entre la opinión pública y el Estado.

Agregándole además, el poder presupuestario, con el fin de que se señalara límites al ejecutivo, pero sin intervenir en la forma inmediata y directa que quiere la propuesta Gaviria.

Y, por último, desarrollaríamos el sistema presidencial en cuanto a sus alcances de separación con el Congreso.

La colaboración tan cercana con el ejecutivo, como la hemos tenido hasta ahora, ha convertido al Congreso en una dependencia del ejecutivo y en un simple invernadero de candidatos a cargos públicos.

Esa colaboración es de la esencia del sistema parlamentario y nosotros la hemos trabajado con dedicación, no obstante la índole presidencialista de nuestra organización constitucional.

Queremos un parlamentario - parlamentario. No un "todero" que en sus cuatro años de curul busque conseguir todo lo que el gobierno le quiera dar, a costa de su independencia política.

Así en esos cuatro años, el parlamentario es gobernador, ministro, embajador y gerente de institutos descentralizados, o hasta viceministro, porque el Art. 109 de nuestra Constitución, es lo más "macondiano" que existe, pues tratándose de una prohibición al Presidente de la República, con el fin de preservar precisamente esa independencia de los poderes, termina amparando una protección burocrática que no conoce eclipses.

(15)

Si el parlamentario se dedica exclusivamente a trabajar en su curul, con pleno conocimiento de sus obligaciones para con el país y con la gente

que lo eligió, no cabe duda de que realizará una buena labor.

Pero dispersándose por todos los cargos de la administración pública termina por destruirse ante la opinión pública como parlamentario.

Este pues es el Congreso que queremos y que proponemos.

14) Maurice Duverger, Editorial Ariel, 1.980, pág. 130, Instituciones Políticas y Derecho Constitucional.

15) Constitución Política de Colombia, *Ibidem*, pág. 65.

LA JUSTICIA Y SUS REFORMAS

Rafael Gutiérrez Rivero

I. INTRODUCCION

Este trabajo pretende compendiar en la visión de su autor, el panorama actual de la justicia, que ha exigido de diferentes gobiernos la proposición de tímidas reformas en su mayoría frustradas pero avaladas con las buenas intenciones de nuestros dirigentes.

Naturalmente esta ponencia es susceptible de mayores análisis, pues quien hoy la presenta es consciente de sus limitaciones y además entiende que un problema que ha gravitado en nuestra sociedad durante tanto tiempo no se puede agotar en una corta disertación.

Comenzaremos su desarrollo partiendo de la enunciación y comentarios sobre los principios que informaron la última de las reformas cuyo fundamento fue la Ley 30 del 9 de octubre de 1987, que le confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de dos (2) años a partir de su promulgación para llevarla a cabo.

Reseñaremos las modificaciones sustanciales en las diferentes áreas de la rama judicial, tales como la Civil, Penal, Laboral y Administrativa e igualmente lo atinente a la creación de las jurisdicciones de Familia y Agraria.

Posteriormente examinaremos el tema de actualidad, la Constituyente y la Justicia, el sentido de la misma, las reformas sugeridas y por último el funcionario judicial frente a la Administración de Justicia.

Los datos estadísticos que se ofrecen en ese trabajo han sido tomados de los estudios desarrollados por la oficina de investigaciones socio-jurídicas del Ministerio de Justicia y por Fedesarrollo, en su última revista de mayo del presente año, titulada coyuntura social.

Además se consultaron los diarios El Tiempo de fecha 23 de julio del presente año, Vanguardia Liberal de fecha 29 de julio y El Espectador del 8 de agosto de esta anualidad; igualmente la revista Semana, edición 433 de agosto 21 a 28 de 1990.

II. PRINCIPIOS QUE IDENTIFICAN LA ULTIMA REFORMA A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA (LEY 30 DE 1987)

El Gobierno anterior conocedor de la prioritaria necesidad de adecuar nuestra Administración de Justicia a las circunstancias actuales, ubicó la Reforma dentro de ocho (8) principios fundamentales, que mantienen vigencia y que podemos resumir así:

1. Especializar la Justicia Civil, que significa el delimitar dentro de unos claros parámetros las tareas a acometer por quienes laboran en este ramo de la justicia, señalando claramente sus competencias y abreviando los trámites judiciales.

2. Desjudicializar, es decir sacar de la rama judicial una serie de

asuntos que pueden ser resueltos por los funcionarios administrativos o notarios y que no son casos estrictamente jurisdiccionales.

El nuevo Ministro de Justicia, Dr. Jaime Giraldo Angel se refiere a este problema como la jurisdiccionalización de los conflictos que ha permitido absurdamente trasladar una serie de situaciones extralegales al campo judicial atiborrando de trabajo a la rama, siendo necesario asignárselas a otros funcionarios, que deberán evacuarlas al señalárseles una específica competencia.

3. Simplificar el trámite de los procesos judiciales, que tal como su nombre lo indica, pretende abreviar la cantidad de medidas que hacen engorroso su desarrollo y lo alargan en demasía, como por ejemplo, terminar el sistema de la condena en abstracto, eliminar la hora judicial, reglamentar seriamente la labor de los secuestres y demás auxiliares de la justicia, etc.

Es el fenómeno también comentado por el citado Ministro, de la proceduralización, que ha gravitado en contra de las partes y del juzgador, haciendo inacabables los procesos y coadyuvando a incrementar una impunidad galopante que golpea todas las áreas del derecho.

4. Creación de dos (2) nuevas jurisdicciones, la de Familia y la Agraria, con el fin de promover una jurisprudencia especializada en estos campos, asignándole competencias especiales a Magistrados y Jueces dentro de estas áreas, para una mejor protección tanto de la institución familiar, como del proceso de Reforma Agraria que hoy en día se encuentra diluido en un sinnúmero de normas jurídicas dispersas e incongruentes.

5. Apoyo técnico, lo que deriva en la implementación de las últimas técnicas que permiten la agilización en la información sobre el desarrollo de los procesos, tanto en la Jurisdicción Administrativa como en la Ordinaria; se introduce la informática jurídica como una herramienta fundamental posibilitando que tanto los jueces como las partes se enteren rápidamente de los asuntos que les competen. También se crean oficinas judiciales que se encargan de los aspectos administrativos de los Tribunales y que son de importancia vital, en razón a que su tarea tiene que ver con la provisión de la dotación, pagos y todo lo atinente a nuestras prestaciones sociales.

Sin embargo al realizarse por parte del Ministerio un análisis detenido de los frutos que se han logrado con la informática, que han exigido del Gobierno Nacional partidas presupuestales por más de CINCO MIL MILLONES (\$5.000.000.000) de pesos, se pudo establecer que el rendimiento de este apoyo vital para la justicia se ha frustrado en buena parte por falta de organización, preparación de los funcionarios que deben manejar las máquinas y computadores destinados a esa labor; el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia envió a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y a los Administrativos de cada Departamento los equipos mencionados, pero no se preocupó después de esa entrega por dar las instrucciones para el manejo correspondiente y naturalmente no se les puede dar el uso que se requiere, un ejemplo de ello es el Tribunal Administrativo del Departamento, en donde hace un año estamos esperando que se aparezcan los técnicos que van a instruir sobre el empleo de

los mismos.

6. Cambios en el Procedimiento Penal y en el Estatuto Penal Aduanero, que implican la supresión del jurado de conciencia; cesación de procedimiento por indemnización integral, en los homicidios culposos como son los accidentes de tránsito por ejemplo; se suprime el auto de control de legalidad; se crean jueces de instrucción ambulantes con jurisdicción en cualquier parte del país para instruir y calificar el sumario; se desformaliza el recurso de casación, etc.

7. Nuevo Estatuto Disciplinario, que deroga los Decretos 250 de 1970, 1660 de 1968 y 052 de 1987, recogiendo en el Decreto 1888 del 23 de agosto de 1989 el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional.

8. Reformas en el Contencioso Administrativo, concretadas básicamente en el Decreto 2304 del 7 de octubre de 1989 que varió numerosos artículos del Decreto 01 de 1984.

De los 68 artículos que contiene este Estatuto, a la fecha han sido declarados inexequibles los primeros once (11), además del artículo 55.

9. Se creó una comisión asesora del Gobierno para la Reforma Judicial, e igualmente como apoyo a ésta se procedió a la creación, organización, coordinación y apoyo logístico de diecisiete (17) subcomisiones, conformadas por expertos en cada una de las materias entre los que estaban Magistrados, Jueces, abogados y otros profesionales de diferentes áreas, quienes sometieron a consideración de la comisión, los proyectos ya elaborados por el Ministerio de Justicia y los que realizaban estas subcomisiones, se consultaron además a los Presidentes de los Tribunales Administrativos de los Departamentos y Superiores de Distrito Judicial en lo que tenía que ver con las reformas más importantes y necesarias, lo mismo que sobre las exigencias en materia de despachos judiciales e incrementos de la planta de personal.

III. PANORAMA ACTUAL CON LAS DIFERENTES MATERIAS

A. AREA CIVIL

En lo que atañe con esta materia y su procedimiento, se integraron tres (3) subcomisiones para reforma de competencia y simplificación de trámites judiciales en la parte general, especial, concordatos y quiebras. Debemos resaltar tres (3) puntos específicos que se relacionan con el área civil, y que básicamente son: simplificación de trámites; aplicación en toda la extensión de los principios de concentración, eventualidad, mediación y dirección del proceso por parte del Juez y por último la expedición de normas que racionalizan la actuación de los secuestres.

Hay una figura novedosa, denominada audiencia de conciliación, saneamiento y fijación de litigio que pretende poner en práctica el principio de la concentración que es inherente a la audiencia y de la inmediatez y dirección del debate por parte del Juez. Si se concilia, desaparece el conflicto y el proceso. Quienes hemos sido Jueces Laborales del Circuito tenemos reservas sobre esta figura, infortunadamente los que deciden por último agotar la instancia ante la justicia, en un 90% no tienen ningún interés por conciliar sus diferencias.

Observemos dentro de este ámbito cómo el porcentaje de procesos que los Jueces Civiles evacúan anualmente con respecto al número de negocios nuevos que se iniciaron dentro del mismo año, a diferencia del caso penal, logran terminar anualmente un alto porcentaje. Un índice de acumulación de procesos anual de 26% en promedio en 6 años a partir de 1981, refleja un nivel de efectividad bastante alto con respecto a lo que ocurre en el área penal. Este hecho puede explicarse básicamente debido a tres factores: primero, que el número de procesos civiles que se inician anualmente es casi constante, lo que no ocurre con el caso penal en donde el incremento anual es muy marcado; segundo, hay un gran número de procesos civiles que se resuelven rápidamente, y tercero, el número de procesos a cargo de cada Juez Civil es considerablemente menor que en el caso penal.

En recursos humanos para esta labor debemos anotar que si se comparan los datos entre el número promedio de Jueces Civiles en las principales ciudades del país, se encuentra que Tunja es la ciudad que tiene un mayor número de ellos, mientras que capitales como Bogotá, Medellín, Cali, Bucaramanga y Barranquilla tienen por cada cien mil habitantes, un número inferior al promedio nacional.

El incremento anual de procesos es casi constante o igual a un 5% en promedio. En 1986 había más de un millón y medio de negocios civiles a cargo de los Despachos Judiciales, y en particular un promedio de 242 procesos a cargo de cada Magistrado, 1202 a cargo de cada Juez Civil del Circuito y 923 a cargo de cada Juez Civil Municipal. De conformidad con los datos recogidos por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, que sirvieron como base para el estudio de Fedesarrollo, el incremento hasta estos años se ha mantenido constante.

En la reforma que comentamos, los decretos que se expidieron son el 522 de 1988 que modificó las cuantías, y el 2282 del 7 de octubre de 1989 por el cual se introducen variaciones en el Código de Procedimiento Civil y que consta de 348 artículos, estatuto que entró a regir a partir del 1° de junio de 1990.

B. AREA PENAL

Una de las áreas judiciales en donde más se ha hecho hincapié sobre la ineficiencia de la Administración de Justicia, es la Rama Penal, pues aun cuando dentro de este campo, en la mayor parte del país se cuenta con Jueces y Magistrados probos y eficientes, el cúmulo inmanejable de procesos no permite la celeridad de las decisiones. Según los datos estadísticos obtenidos por el Ministerio de Justicia, en enero de 1987 esta Rama tenía una existencia inicial de 1.436.514 procesos, entraron en ese semestre 269.723 y solo salieron 242.730, lo que significa que no se alcanzó a evacuar lo que entró, quedando pendiente 26.993 que sumados al dato inicial dan un total de procesos represados de 1.463.507.

De conformidad con estas cifras, si salen en un semestre 242.730 procesos, para quedar al día y lograr despachar lo acumulado serían necesarios tres (3) años sin recibir un solo proceso; se tiene también establecido

que por lo menos hay un incremento del 10% anual con la acumulación anterior, requiriéndose de por lo menos 12.866 jueces a los que les correspondería un promedio de 114 procesos que deberían sacar en el semestre, pero como no es posible crear tal número de plazas, era obligante aumentar las actuales, pues de los 242.730 procesos que entran en el semestre, solo 23.333 culminan con sentencia, o sea el 9.6%.

Al entrar en vigencia el Nuevo Código de Procedimiento Penal se descongestionaron los Juzgados Superiores y de Circuito Penal, pero el aumento de procesos en los Juzgados Municipales fue significativo. De otra parte con la introducción de un sistema acusatorio los juzgados de Instrucción Criminal asumieron en su integridad, la investigación, instrucción y calificación del sumario; la Ley 2a. de 1984 previó la creación de 300 juzgados de Instrucción Criminal y 200 Especializados, sin embargo de los primeros solo se han previsto 173 y de los segundos solo 54, lo que quiere decir que no se han satisfecho aún las necesidades del año 1984.

Aunado a lo anterior y según investigación realizada por el DANE, una buena parte de los delitos que se cometen en Colombia no son denunciados quedando en la impunidad. La criminalidad aparente registrada por la Policía Nacional, equivale aproximadamente a 210.000 delitos realizados al año, que representa el 20.9% de la criminalidad real y según se conoce si fueran denunciados en su totalidad, tendrían los Despachos Judiciales anualmente una entrada de 1.004.784 procesos al año. Las razones que se esgriman para que se dé ese fenómeno, la impunidad, son en un 37.5% falta de pruebas; en un 23% inoperancia de la Justicia; en un 13.3% trámites complicados; en un 6.3% desconocimiento de los trámites; en un 6.3% temor a represalias; en un 2.5% desconocimiento de la existencia del delito y en un 1.6% vergüenza o pudor. A esto hay que agregarle el aumento notorio por narcoterrorismo y guerrilla que se ha desatado en los últimos años, que ha convertido a nuestro país en un laboratorio de la violencia.

La decisión que se planteó fue vigorizar la Instrucción Criminal, los Juzgados Penales Municipales y algunas Salas Penales de los Tribunales Superiores, previas consultas que se hicieron a los presidentes de estas Corporaciones, derivando lo anterior en la expedición de nuevas normas como el Decreto 1861 del 18 de agosto de 1989 que introdujo algunas modificaciones al Código de Procedimiento Penal, consta de 40 artículos y entró a regir a partir de la fecha señalada.

En el campo de la Justicia Penal Aduanera se modificó el Estatuto a través del Decreto 2274 del 7 de octubre de 1989, en razón al incremento en el delito de contrabando y a la ausencia en algunas fronteras de puestos de control, creándose nuevos Juzgados Aduaneros y la asignación de algunas competencias para la Dirección General de Aduanas.

Hoy en día es bastante preocupante comprobar que los miembros del Tribunal Superior de Aduanas son cambiados cada período ante presunciones de corrupción, pues este campo no ha sido seriamente controlado por el Estado coonestador de Sanandresitos y demás paraísos de contrabandistas, a los cuales las gentes tienen que acudir como solución para abaratar los artículos domésticos en razón a la inexistencia en el país de

una política de control de precios y calidades de los productos nacionales.

Las grandes sumas de dinero clandestino que fluyen en este ámbito, son conocidas por los altos funcionarios del Gobierno por diferentes conductos, denuncias personales, la prensa, la radio y la televisión, pero las medidas de control brillan por su ausencia, salvo una iniciativa legal plausible encaminada a destapar los enriquecimientos ilícitos de la Aduana, promovida por el actual Procurador General de la Nación.

C. AREA ADMINISTRATIVA

Más de setenta (70) años de existencia del Contencioso Administrativo en Colombia, han logrado que tanto el Derecho Administrativo como el Procesal Administrativo muestren un notorio desarrollo contribuyendo al afianzamiento de nuestro Estado de Derecho. Es un Derecho Público influenciado doctrinal y jurisprudencialmente por teorías foráneas, pero el aporte nacional es de una connotada magnitud. Su función es decidir aquellas controversias que se presentan entre la Administración Pública y los administrados con ocasión de la actividad de aquella y con el propósito de preservar la legalidad de la misma.

Podemos señalar que hasta nuestros días, hemos tenido tres (3) Códigos Contencioso Administrativos básicos, con leyes o decretos intermedios que los han modificado parcialmente o adicionado; el primero lo fue la Ley 130 de 1913, el segundo La Ley 167 de 1941 y el tercero el Decreto Extraordinario 01 de 1984; este último actualizó la legislación abarcando dos (2) grandes partes, la denominada actuación Administrativa que va desde la formulación de la petición por el ciudadano al funcionario público hasta cuando quede en firme el acto administrativo o se agote la vía gubernativa. La otra parte es la del control jurisdiccional de los actos y hechos de la administración que señalan las acciones pertinentes y las reglas tanto para juicios ordinarios como para los especiales. Se ampliaron las competencias para los Tribunales Administrativos Departamentales; la ley 14 de 1987 o Ley Electoral, la Ley 30 de 1988 o Ley de Reforma Agraria, el Decreto 1333 y 1222 de 1986 Código de Régimen Municipal y Departamental, asignaron nuevas tareas a esta área.

La expedición del Decreto 2304 de 1989 al que me referí antetadamente en la enunciación de los principios que informaron la Reforma, pretendió poner a tono con las circunstancias actuales de esta jurisdicción las disposiciones legales que nos venían rigiendo, haciendo más cortos ciertos trámites dentro de los procesos que se conocen en este campo, delimitando en mejor forma el objeto de la jurisdicción, precisando la identificación de las acciones a incoar y en fin ofreciendo más concreción sobre los presupuestos de la acción y de la demanda. Las reservas que inicialmente se tuvieron sobre las normas expedidas en la vía administrativa, se confirmaron con las providencias de inexecutable de la Corte Suprema de Justicia que declaró inconstitucionales varias de estas normas jurídicas (Arts. 1 al 11 y 55), una de ellas la que reformaba el artículo 40 del Código Contencioso Administrativo planteaba que ocurrido el silencio administrativo negativo la administración perdía competencia para resolver sobre la petición hecho que implicaba el inmediato traslado del in-

interesado ante la Justicia Administrativa para la solución de su caso, contribuyendo de esta manera a incrementar el cúmulo de suyo ya bastante grande de procesos en los anaqueles de los Tribunales Administrativos. Esta fue una de las disposiciones derogadas por la Corte, que se llevó de contera otras más que tenían relación con la vía administrativa.

D. AREA LABORAL

Este campo del derecho sobre el que se han presentado en asuntos de reformas muchos estudios, ensayado diferentes soluciones y pretendido implementar un mecanismo integral que refleje los problemas sociales del país, ha quedado corto en sus esquemas pues acá sí que no valen solamente la creación de nuevos Juzgados Laborales y el aumento de la planta de personal de los existentes, sino que es preciso modificar el concepto de las relaciones obrero-patronales, haciéndolas más dinámicas, objetivas, coadyuvantes del desarrollo de nuestra Nación, y no encaminadas al anquilosamiento perenne de la industria, el campo empresarial y por último torpedeadoras de los programas de Gobierno frenados ante las apertencias desbordadas de las asociaciones sindicales, muchas de las cuales no ejercen la función social de defender al trabajador sino la disfunción de acabar con sus patronos.

Entendemos la necesidad del respeto mutuo en la relación patrono-obrero a nivel público y privado y es loable el que existan las representaciones de los empleados que exijan el cumplimiento de sus derechos laborales y en la medida de lo posible lograr nuevas conquistas sociales para mejorar la situación de cada familia colombiana. El derecho del hombre al trabajo es algo consustancial a la naturaleza humana, Voltaire decía que "el trabajo nos libra de tres grandes males: el aburrimiento, el vicio y la necesidad".

El artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos declara que toda persona "tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el paro".

Nuestra Constitución Nacional en sus artículos 17 y 39 señala las pautas generales dentro de las cuales se desarrolla el trabajo; a partir de ahí nos encontramos con las leyes y decretos que regulan y reglamentan las relaciones laborales consignadas en la 141 de 1961 que constituye el Código Sustantivo del Trabajo, e igualmente el decreto 4133 de 1948, Código Procesal del Trabajo.

La creación de Salas laborales en algunos Tribunales de Distrito Judicial donde no existían y el aumento de Juzgados Laborales del Circuito con la pretensión de agilizar el trámite de los procesos laborales existentes en los despachos judiciales, como se plantea en la última reforma, no es la solución que esperamos; soy escéptico cuando se aplican este tipo de remedios, sobre todo si confrontamos realidades estadísticas un poco desactualizadas, pues no tuvimos otras a la mano, que demuestran que al iniciar el año de 1986 existían en los despachos judiciales 62.558 procesos. En ese año entraron 37.492 y salieron 33.567 para una existencia final en ese mismo año de 66.483 procesos sin resolver, lo cual representa la falta

de eficacia de la jurisdicción laboral para enfrentar las controversias judiciales.

La alta concentración de este tipo de litigios permite concluir que falta una agilización en los trámites y procedimientos, pues esta jurisdicción no tiene nada de verbal ya que la desproporción entre el volumen creciente de los juicios aunado a la falta de despachos judiciales, a la no actualización de las funciones y facultades que debe ejercer el Ministerio de Trabajo, que debería tramitar por asignación de competencia inicial los juicios menos complejos, ha hecho que el tiempo de duración en la solución de los mismos sea eterno; hoy en día el promedio de duración en los procesos ordinarios ha pasado de 12.9 meses en 1973 a 32.8 meses en 1990. Solo el 23% de estos juicios termina en menos de 6 meses y el 58% se demora más de un año.

IV. CREACION DE DOS (2) NUEVAS JURISDICCIONES A. DE FAMILIA

Ha sido y es desde siempre la familia el núcleo fundamental de toda comunidad organizada, fenómeno social aglutinante traducido históricamente en la conformación de los grandes conglomerados que han permitido el nacimiento de los Estados soberanos. Siendo esta premisa un hecho irrefutable, las legislaciones de los diferentes Estados se han preocupado indistintamente por dar un tratamiento profesional a los conflictos que surgen de sus relaciones internas y frente al grupo social.

En nuestro caso existen muchas disposiciones dispersas que no han permitido unificar criterios y desarrollar una jurisprudencia convergente; por ello dentro de la reforma judicial, la organización de ésta tiene como pretensión fundamental la de lograr una justicia operante creando Salas de Familia en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Juzgados con las mismas características que asuman directamente el conocimiento y juzgamiento de estos casos particulares. De otra parte se logra la descongestión de la Justicia Civil, pues al ser sustanciados los procesos por una Magistratura especializada, pueden ser fallados con mayor celeridad y conocimiento.

La especialización en áreas del derecho como la presente, se impone en el mundo moderno, requiriéndose de un cambio de estructuras que se deduce del Decreto 2272 del 7 de octubre de 1989 que organizó la Jurisdicción de Familia.

Es de interés resaltar que la disposición legal comentada, atribuye al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar unas competencias específicas, tales como la de aprobar cuando no haya proceso judicial en curso los conciliaciones entre cónyuges, padres y demás familiares sobre asuntos tales como la fijación provisional de residencias separadas, cauciones de comportamiento conyugal, alimentos entre cónyuges si hay hijos menores, custodia y cuidado de los hijos, padres o abuelos y alimentos entre ellos, regulación de visitas, crianza, educación y protección del menor. Si la conciliación fracasa, el Instituto puede adoptar medidas provisionales,

sin perjuicio de la competencia atribuida a los Jueces de Familia; además de lo anterior puede este ente conceder permisos a menores para salir del país, cuando carezcan de representante legal, se desconozca el paradero de éste o uno de los padres o éstos no se encuentren en condiciones de otorgarlo, o la situación jurídica esté definida.

B. AGRARIA

La concentración de la propiedad de la tierra en manos de particulares desde épocas pretéritas, ha constituido signo de riqueza y poder; con el paso del tiempo las sociedades han reaccionado en diferentes formas ante el despotismo de los terratenientes quienes han tenido que darle un manejo diferente a sus relaciones con los obreros y campesinos.

En nuestra Constitución Nacional, disposiciones tales como el Art. 30, establecen que la propiedad es una función social que implica obligaciones, derroteros legales que han permitido adoptar medidas encaminadas a lograr el acercamiento de la población rural al manejo de las tierras.

Diferentes gobiernos han promovido iniciativas legislativas en este campo, tales como el del Doctor Alfonso López Pumarejo y su Ley 200 de 1936, que sentó las bases de una legislación social agraria, hoy bastante enriquecida y mejor adecuada a nuestras circunstancias históricas.

Inspirada en el principio del bien común y en la necesidad de extender a la población rural el ejercicio del derecho natural a la propiedad, surgió la Ley 135 de 1961, que en el anterior gobierno sufrió varias modificaciones consignadas en la Ley 30 del 18 de marzo de 1988. Allí se incluyó un acápite referido a la adopción de programas regionales de Reforma Agraria y procedimientos de enajenación voluntaria, asignándosele al INCORA la tarea de adquirir las tierras y mejoras de propiedad privada de los particulares o de entidades de derecho público; en el evento de que los pasos para la negociación directa no tuviesen una feliz culminación se acude a la expropiación prevista en su Art. 25.

La pretensión es lograr una mayor efectividad del Derecho Agrario, en donde los problemas del agro colombiano sean atendidos por una organización adecuada a su naturaleza, con normas procesales que tengan en cuenta las condiciones socio-económicas de las relaciones agrarias y no como sucede hoy, que los Jueces definidores tienen una formación netamente civilista.

El Art. 35 de la Ley 30 de 1988 autoriza la creación de la Sección de Asuntos Agrarios en el Consejo de Estado y en los Tribunales Administrativos con unas competencias específicas.

Debemos anotar que a todos los gobiernos les ha quedado grande la Reforma Agraria; montar una nueva jurisdicción para conocer de unas competencias sin diseñar primero una estrategia para el campo y el campesino, estos últimos beneficiarios de los procesos de expropiación, es trasegar el camino de nuevas frustraciones y desengaños. Los ciudadanos nos enteramos a diario de la falta de asistencia técnica a bajos precios para el labriego, créditos e insumos costosos, ausencia de vías de penetración, precios bajos para sus productos que tienen que sacar por

trochas que perjudican su calidad, en fin todo un cúmulo de agravantes que vuelven risible una Reforma Judicial que crea una nueva jurisdicción, sin tener en cuenta a sus directos interesados.

V. CONSTITUYENTE Y JUSTICIA

A. EL SENTIDO DE LA CONSTITUYENTE

La administración Barco se encontró al final de su mandato con un fenómeno eleccionario de carácter popular, diferente de los que periódicamente se realizan para cuerpos colegiados, que permitió la gestación de este trascendental proceso:

En la propuesta se señala que, "no le corresponde a dicho cuerpo ocuparse de temas que no tengan rango constitucional"; nuestro Estado es fundamentalmente un Estado Constitucional, poseemos un texto escrito que identifica nuestra Carta Magna.

Por otra parte y según lo enseñan los expertos en el tema de ahí surge el Estado de Derecho, caracterizado porque la comunidad que lo conforma está sometida a unas normas allí establecidas que obligan y ligan por igual a los órganos estatales detentadores del poder, como a los ciudadanos destinatarios de éste.

Ahora bien, la razón de ser de la convocatoria, es sencilla, simplemente las normas que sirven de sustento a nuestra Nación y a sus instituciones, no reflejan la situación histórica actual, hay que adecuarlas, reformarlas y mejorarlas; el equilibrio que debe mantener la Constitución Nacional como la representante de los intereses de las diferentes fuerzas sociales del país está maltrecho. Debe existir concordancia entre la estructura social y legal.

La Nación se encuentra atravesando por un proceso de cambio y desarrollo que se aprecia en la formulación de los temas; sin embargo las individualidades nacionales están demasiado diferenciadas para pretender puerilmente un modelo de Constitución ideal. Las constituciones reflejan el statu quo que existe cuando nacen y no pueden prever el futuro, naturalmente en su texto existirán fórmulas que permitan atender necesidades posteriores, no siendo conveniente una Constitución voluble a las modificaciones, atentatorio ello de la seguridad jurídica.

El pueblo organizado como electorado, constituyente primario, detentador del poder como impulsor de la Reforma Constitucional, dentro del marco de la circunscripción nacional tiene la oportunidad de participar en las decisiones de la Asamblea; su voto enseña cómo las modificaciones que experimentan las relaciones sociales, económicas o políticas son las responsables de que una norma constitucional que parecía razonable y suficiente en el momento de crear la Constitución, haya perdido su capacidad funcional.

El profesor Karl Loewestein, en su magnífica obra, Teoría de la Constitución, hablándonos sobre el procedimiento del poder constituyente, anota que, "de acuerdo con las teorías de la soberanía del pueblo y del

pouvoir constituant originario del pueblo soberano, se ha generalizado, y hasta estereotipado, un procedimiento para la elaboración y la adopción de la Constitución escrita; Una Asamblea Nacional o Constituyente será elegida por todo el pueblo para esta tarea específica. Con más frecuencia hoy que en tiempos pasados, se prescribe imperativamente la ratificación final por el pueblo soberano. La Ratio de esta exigencia es que la ley fundamental adquiera una mayor solemnidad a través de la aprobación por el pueblo soberano".

B. REFORMAS QUE SE PROPONEN Y COMENTARIOS

De conformidad con el temario sugerido para la Reforma por el Presidente Gaviria, el segundo punto está dedicado a la Justicia y el Ministerio Público. Allí se agrupan los principales cambios que se pretenden llevar a cabo. Son ellos los siguientes:

1. Establecimiento del sistema acusatorio por medio de la Fiscalía General de la Nación.

Consiste básicamente en que el proceso de Instrucción Criminal y de presentación de pruebas corre por cuenta de un funcionario independiente de la Rama Judicial que se le denomina Fiscal General de la Nación. Tiene preeminencia la Rama Ejecutiva en la investigación. La contradicción de la prueba solo podrá presentarse en el juicio y no antes de él.

Aunque puede resultar interesante este procedimiento, si no se le dota de la infraestructura necesaria para que funcione sin trabas, volvemos a la situación que tenemos, pues el recaudo de pruebas es la base fundamental de todo proceso. Si quienes adelantan la investigación no tienen el transporte, los implementos, los auxiliares, los viáticos para permanecer en el sitio del delito el tiempo necesario y así adelantar una buena investigación, la medida será inocua.

De otra parte, el fiscal no podrá ser una rueda suelta y omnipotente sino que deberá tener un control estricto para el desarrollo de su labor; el no hacerlo producirá investigaciones a medias, pruebas mal recaudadas o amañadas, posibilidad de que el funcionario en unas circunstancias acuse y en otras no, lo que creará otro círculo vicioso de corrupción. Al fin y al cabo una de las fallas de la Administración de Justicia ha estado siempre en la investigación preliminar y en la instrucción de los procesos. La ventaja puede ser en principio, la que se va a ir implementando gradualmente.

2. Creación del Departamento Administrativo de Investigación Criminal y Medicina Legal.

Para que el sistema acusatorio tenga una estructura seria y definida, se piensa elevar la Dirección de Instrucción Criminal a la categoría de Departamento Administrativo. Con ello se ponen bajo su control los jueces investigadores, los peritos, los agentes secretos de la Policía Judicial y los laboratorios técnicos. Esos jueces que hoy son instructores serán los fiscales de la Nación y los protagonistas del sistema acusatorio.

Los sistemas técnicos en estas circunstancias deben ser los mejores; por ello es tan importante unificar los cuerpos especializados para que queden bajo la dirección de una sola cabeza, porque hoy en día es lamen-

table reconocer que el aporte real de los órganos auxiliares de la justicia como el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, el Instituto de Medicina Legal, el DAS, la DIJIN, es muy pobre y casi nulo por las continuas rivalidades que tienen entre sí y los celos que se despiertan entre ellos hasta el punto de ocultarse pruebas con el fin de establecer quien resuelve primero uno u otro caso y negándose la prestación de servicios de laboratorio con cualquier excusa.

Lo que se pretende con este Departamento Administrativo es unificar las funciones que hoy cumplan la Dirección General de Instrucción Criminal, el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, el Instituto de Medicina Legal y los Jueces de Instrucción Criminal; dependería del Gobierno Nacional.

3. Creación del Instituto de Administración Judicial.

Tendría las funciones de asumir la dirección de la Carrera Judicial, la construcción y mejoras de las sedes judiciales, la debida dotación de los Despachos, el oportuno pago de la nómina de personal y los servicios públicos, la sistematización de los juzgados y el establecimiento de una red informática de gestión para el sector.

El temor que existe con este organismo es el de repetirse el caso del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, creado precisamente para atender esas necesidades, pero totalmente inoperante en la actualidad. Si no se le asignan recursos suficientes para su normal funcionamiento, el problema seguirá siendo igual.

4. Reestructuración del Consejo Superior de Administración de Justicia.

El Gobierno quiere aumentar su injerencia en la formulación de las políticas generales para la Rama Judicial y al proponerse su modificación, deberá acometer este tipo de responsabilidades. Este quedaría con dos (2) representantes en dicho Consejo; el Ministro de Justicia y un delegado personal del Presidente, los dos con voz y voto.

Los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Tribunal Disciplinario y otros dos (2) funcionarios, uno elegido entre los presidentes de los Tribunales Superiores y el otro de entre los presidentes de los Tribunales Administrativos, en todo el país, completaría el número de miembros del Consejo.

Para garantizar la operatividad real del organismo, el proyecto establece que los presidentes de las Corporaciones Judiciales sean relevados del 75% de su carga jurisdiccional, pudiéndose designar para estos casos en interinidad a Magistrados sustitutos.

Como funciones bajo su responsabilidad además de proyectar la política general de la Rama definiendo su desarrollo futuro y elaborando los correspondientes proyectos de Ley sobre la creación de Despachos y cargos judiciales, tendrá la de elaborar y determinar la ejecución del presupuesto, estudiar los procedimientos judiciales y presentar al Congreso las reformas que considere necesarias.

Además hacer las convocatorias para los concursos de Jueces y Magistrados, expedir y regular los procedimientos administrativos que deban adelantar las Corporaciones Judiciales, etc.

Un aspecto importante de resaltar es que ese Consejo tendrá represen-

tación en el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) y será el superior jerárquico del Instituto de Administración Judicial.

5. Negociación de penas por colaboración eficaz, el perdón judicial, el Juez plural, protección de la identidad de Jueces y testigos, pago de recompensas y aumento significativo de los castigos.

Estos puntos han sido muy controvertidos, algunos analistas consideran que se trata de un sistema ideal para cometer arbitrariedades, en razón a que no existe en el país todavía un cuerpo investigativo serio y estructurado que respalde las acusaciones. La Ley 2a. de 1984 por ejemplo contemplaba la delación en el proceso penal, como causal de disminución de sanciones, considerada en su momento como un premio para los delincuentes, afirmación que ratifica el jurista Jaime Bernal Cuéllar. La negociación de penas en el país es criticada por tratarse de un sistema copiado de legislaciones anglosajonas, resultantes de la aplicación de un derecho consuetudinario ajeno a la idiosincrasia de nuestro país.

Sin embargo el Ministro Jaime Giraldo Angel asegura que no se trata de una negociación al estilo americano, "cuando un sindicato confiese en su primera versión la comisión de un delito y colabore para aprehender a sus compinches, será merecedor de reducción de la pena, e incluso de una exoneración judicial, pero en ningún caso se utilizará a nadie para delatar a una persona previamente señalada por las autoridades como se hace en los Estados Unidos".

En opinión de diferentes abogados, estos presupuestos de la Reforma constituyen armas de doble filo con fundamentos éticos dudosos, que otorgan ciertas garantías de impunidad al delincuente. Sabe que a cambio de volverse sapo consigue la libertad. Además se puede llegar al extremo de tener que exonerar de responsabilidad a delincuentes de reconocida peligrosidad que les podían "echar el pato" a otros a cambio de plata y apoyo familiar lo cual se ha convertido en un modus operandi de la delincuencia organizada en el país.

El Juez plural consideró que es una institución necesaria pues además de la protección que se brinda al juzgador, la posibilidad de presionarlo, intimidarlo o corromperlo es bastante difícil. Las modalidades delincuenciales que hoy operan lo convierten en una necesidad más que en una solución.

6. Los Jueces de Paz

Se plantea la posibilidad de integrar, organizar y poner a funcionar esta institución elegida popularmente. Ha tenido gran aceptación, ya que se trata de descongestionar los juzgados del país a través de dos (2) tareas principales: el fin del llamado procesalismo y la desjudicialización de muchos conflictos.

El mecanismo permite entregar a entidades administrativas o privadas o a personas naturales la solución de conflictos entre particulares, por medio de Tribunales de Arbitramento, amigables componedores o la conciliación.

Los administradores de justicia investidos de esta calidad son elegidos popularmente entre líderes de la comunidad que no tienen que ser nece-

sariamente abogados. Se considera que sus asistentes o secretarios de Despacho deberán tener preparación judicial.

Según el Ministro de Justicia actual, otra pretensión es lograr que los abogados dejen de litigar y se acostumbren a conciliar. En Estados Unidos solo llega a juicio el 5% y el 10% de las demandas y en Canadá entre el 3 y el 6%, porque siempre se presenta un acuerdo antes del juicio.

Se estima que la institución es aceptable y ha tenido positivo impacto en la comunidad.

7. Autonomía de la Rama

La Rama Judicial recibe hoy apenas el 2.7% del total del presupuesto nacional, se ha buscado en muchas ocasiones independizar la asignación presupuestaria. Los críticos de esta Reforma aducen que la entrega de la elaboración y determinación del presupuesto al Consejo Superior de Administración con injerencia mayor del gobierno central vuelve al estado de las cosas a lo que se vive actualmente.

El exministro Bernardo Gaitán Mahecha expresa que, "deberían instituirse medios propios de financiación como por ejemplo tasas con destinación especial en la prestación de servicio notarial y de registro, timbre en los procesos civiles y administrativos, participación en loterías y juegos públicos que sin ser gravosos daría lugar a nuevos recursos".

Uno de los problemas básicos por supuesto ha sido el económico que se refleja en la insuficiencia permanente de partidas para los gastos del poder judicial. Si lo que se propone en la Asamblea Constituyente no tiene un respaldo presupuestal serio y continuado culminará siendo un intento parecido al que ya analizamos en la primera parte de esta conferencia. La Reforma planteada con fundamento en la Ley 30 de 1987, se ha ido desarrollando por cuenta - gotas, ya que solo cuando aparecen esporádicamente recursos se pueden proveer los cargos creados, conseguir las instalaciones necesarias, suministrar el equipo requerido, etc.

El argumento de la autonomía del poder judicial, debe defenderse no solo por éste sino por el país, pues si bien es cierto el art. 55 de nuestra Constitución Nacional establece la integración armónica de las ramas del poder público para lograr los fines del Estado, en el caso de la Administración de Justicia la independencia debe conservarse ya que es pernicioso y perjudicial la intromisión del ejecutivo en el destino de la misma.

En el tema que estamos analizando el gobierno ha demostrado su interés para intervenir directamente en el desarrollo y control de algunos campos que atañen a esta rama, esa posición es respetable pero debe examinarse con mucho cuidado, no precipitarse en adoptar definitivamente medidas que perturben la independencia a que hemos hecho alusión.

No faltará quien proponga el día de mañana si se institucionaliza la injerencia del poder ejecutivo, el que sea éste quien nombre los empleados judiciales generándose una manipulación grotesca y grave de los cargos, acompañada de una cadena de intereses malsanos y por último aupada por los políticos que estarían dispuestos a feriar como coto de caza la rama judicial.

C. EL FUNCIONARIO JUDICIAL FRENTE A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Es la persona que se encuentra al servicio del Estado en ejercicio de la función pública de administrar justicia. Labor de consagración, honrosa y gratificante, asediada por múltiples circunstancias ajenas al funcionario que desempeña el encargo pero infortunadamente propias de nuestro servicio público.

Las personas que laboran se rigen por un sistema que tiene como sustento la Carrera Judicial; el Decreto 250 de 1970 señaló las premisas de este estatuto y en sus artículos 1° y 2° establece los fines y funciones de la carrera, cuya pretensión es la de ubicar en la Rama Judicial los empleados más capaces y naturalmente idóneos a quienes por méritos personales y en igualdad de oportunidades se les estimule el ingreso, su permanencia y superación y se les ofrezcan condiciones decorosas de vida. El Decreto 052 de 1987, revisa, reforma y pone en funcionamiento este mecanismo, repitiéndose los mismos postulados antes señalados, con la precisión en su Art. 4° de que el nombramiento únicamente puede recaer en persona seleccionada mediante el sistema de méritos.

Vemos positivamente su desarrollo en la medida en que se cumpla con sus presupuestos tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado; infortunadamente quienes trabajamos en esta área pudimos observar como la interpretación que se dio en la práctica a tales disposiciones fue diversa por los entes rectores a que me acabo de referir, lo mismo que por parte de la Procuraduría General de la Nación, que está involucrada también en estas exigencias en el artículo 7° del Decreto 052 de 1987.

En lo atinente al régimen salarial y prestacional, determinado legalmente, éste no se compadece con la posición del funcionario judicial desde el cargo más alto a nivel de Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, hasta el más bajo pero igualmente respetable Jueces Municipales que apenas ganan 120 mil pesos al mes y de Circuito con 150 mil pesos, los colocan en vulgar desventaja con obreros y empleados de entes como ECOPETROL, TELECOM, empresas privadas, etc.

Esto no les permite llevar una vida decorosa con elementales comodidades para atender sus necesidades y las de su familia. Considero una afrenta a la Rama los sueldos que se ganan en ella; mientras que en la Rama Administrativa y en la Legislativa las personas vinculadas gozan de toda clase de derechos sociales y prebendas laborales, nosotros tenemos que contentarnos con el mínimo. Esto induce desafortunadamente a la corrupción, con tendencia a la proclividad, que naturalmente no pretendo justificar pero que es el reflejo de una sociedad en donde los principales valores se han trocado.

En nuestro medio es triste decirlo trata de prevalecer el audaz y no el inteligente, el pícaro y no el esforzado, el funcionario corrompido y no el digno porque el Estado no mejora sus condiciones de vida; en alguna parte, por fortuna pequeña, esto sucede en el poder judicial.

La asistencia social es vergonzosa, no se tiene cobertura integral por parte de los organismos estatales encargados de su manejo, las cuotas

que mensualmente se nos descuentan de los sueldos oficiales, se distraen en una burocracia parasitaria y paquidérmica, coonestada por el mismo Estado.

El reflejo de lo anterior es la Caja Nacional de Previsión Social, entidad quebrada y desprotegida que es la que supuestamente atiende a los funcionarios judiciales.

De la recreación y el deporte es risible hablar; salvo unos cuantos centros recreacionales mal dotados a los que se acude por intermedio de otras instituciones, atendidos por funcionarios que padecen de los males antes anotados, no vemos la preocupación del Estado por impulsar programas que le permitan a los empleados judiciales y sus familiares, gozar en los días de descanso y vacaciones de una verdadera terapia para su salud y un complemento espiritual.

La Rama Judicial no tiene ni siquiera a nivel nacional un club social de su propiedad que ofrezca servicios decorosos a los empleados de la Rama Jurisdiccional.

Estas son algunas verdades inocultables, de lamentar en un país como el nuestro que tiene en la administración de justicia una mayoría formidable de personas idóneas y honestas, defensoras de las instituciones, la democracia y el Estado de Derecho, y que no deben pasar desapercibidas para el gobierno a quien se le exigen soluciones radicales a estos problemas.

PROPOSICIONES

1. Autonomía presupuestal de la Rama.
2. Independencia para el ejercicio de sus funciones.
3. Aumento en las asignaciones salariales de todos los funcionarios del poder judicial.
4. Acatamiento y respeto de la carrera judicial, estableciendo a nivel de Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado un cupo no menor a la tercera parte de sus integrantes, para Magistrados que se encuentren en ella.
5. Revisión total de la asistencia social, debiendo el gobierno procurar los recursos y medios para que el funcionario acuda a centros médicos particulares o privados.
6. Asignación de partidas para la construcción de sedes recreacionales a nivel nacional y seccional.
7. Protección y seguridad para los Jueces y Magistrados.
8. Planes de vivienda y líneas de crédito que permitan a los empleados judiciales mejorar su nivel de vida.

EL ESTADO DE SITIO Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Hernán Prada Niño

En la vida hay cosas que a fuerza de verlas cada día y pese a su innegable importancia, terminan por pasar desapercibidas o hasta se pierde la conciencia de su existencia. Cuántos muebles de nuestra casa que a diario vemos estaríamos, si se nos preguntara, seguros en afirmar que hoy están en su lugar?

Estimo que para el hombre de la calle ocurre igual con el Estado de Sitio. Su declaratoria es tan frecuente que solo un acucioso constitucionalista podría estar en capacidad, mediante profundo y complejo análisis, de indicar en qué momentos de los últimos 45 años hemos vivido en Colombia en normalidad o anormalidad declaradas.

Desde su vigencia en la fórmula del Artículo 121 de la Constitución Nacional plasmada en la carta de 1886, con la modificación del Artículo 33 del acto legislativo número 3 de 1910, se ha usado y abusado de él para satisfacer ambiciones o conveniencias de los gobiernos de turno. De régimen de excepción como se le considera en el derecho constitucional, hemos pasado a tenerlo como régimen permanente que ha llevado a la conclusión de que se padece de una crisis institucional y de etiología compleja que amerita su examen y eventual modificación.

Por eso se ha escrutado entre los temas de posible tratamiento por parte de la Asamblea Constitucional que si todo sale como está programado habrá de sesionar a partir de febrero de 1991.

UN POCO DE HISTORIA

La figura parte de la Constitución de Cúcuta de 1821 que en su Artículo 128 la contempla a manera de estado de necesidad en unos términos que con el tiempo tendría eco en la fórmula de 1886 como son la "conmoción interior" y la "invasión exterior" que luego se cambiaría a guerra, para dar al ejecutivo las herramientas indispensables y que no estén dentro de la esfera de sus atribuciones.

La investidura extraordinaria se limitaba en el tiempo y el espacio a lo necesario e indispensable. No había una declaratoria en sí de turbación del orden.

En la Constitución de 1832 viene una fórmula parecida con la innovación de que las medidas a tomar no están a discreción de la rama ejecutiva, sino que se trata de precisas facultades delegadas por el Congreso. En 1843 y en 1858 se plasmó la obligación del Presidente de mantenerle "el orden y la tranquilidad interior de la República, repeler todo ataque o agresión exterior y reprimir cualquier turbación del orden público en el interior", pero sin la entrega de ninguna facultad especial. Al ejecutivo se exigía tal obligación con la herramienta de sus facultades ordinarias.

Al crearse la Confederación en 1858 se volvió a un sistema muy similar al de 1843, con la especificación de que para recuperar el orden se podía recurrir a la fuerza pública de "La Confederación o de los Estados".

La Constituyente de 1863 que en Rionegro concretó la carta constitucional más original, criticada y defendida de las muchas que hemos tenido, dentro de su amplio espíritu borró todos los antecedentes normativos con una fórmula que en el Artículo 91 decía: "El derecho de gentes hace parte de la legislación Nacional. Sus disposiciones regirán especialmente en los casos de guerra civil. En consecuencia puede ponerse término a ésta por medio de tratados entre los beligerantes, quienes deberán respetar las prácticas humanitarias de las naciones cristianas y civilizadas".

Inequívocamente se quiso humanizar las guerras que con tanta frecuencia asolaban al país, posibilitando así mismo que al "rebelde" no se le considerase como tal según la interpretación del gobierno, sino como "beligerante" con la consecuencia de que se podía llegar a la paz a través de tratados como si tratase de fuerzas de igual categoría y no del gobierno como autoridad y los rebeldes como fuera del orden.

Y apareció por fin el texto de 1886 que con las reformas introducidas por los actos legislativos 3 de 1910 y 1 de 1960 y 1968 es el que actualmente se encuentra en vigencia.

En este último año surgió una figura adicional a través del Artículo 122: El estado de emergencia económica y social.

La aplicación de esta nueva figura en los años de 1974 y bajo el gobierno del Presidente Betancur, corrió con idéntica suerte a las del 121 en cuanto fue objeto de aguda controversia por la oportunidad y la motivación para su aplicación. La nacionalización de un Banco, de una compañía de financiamiento y la creación de varios delitos económicos hoy aún siguen suscitando debates y teniendo repercusiones económicas y judiciales.

ESTADO DE DERECHO Y ESTADO DE SITIO

Es en razón a que estamos organizados bajo la estructura de un Estado de Derecho que podemos hablar de estado de excepción o estado de sitio.

Tienen vigencia aquí los enunciados de que el origen de la ley y de la soberanía está en la voluntad popular.

De que los gobernantes son mandatarios del pueblo.

Compartimos la separación de los órganos del poder en tres ramas fundamentales: ejecutiva, legislativa y jurisdiccional, para evitar que la totalidad de la potestad pública repose en una sola mano y se ponga en peligro la libertad. Que "el poder contenga el poder" según la concepción de Montesquieu.

De acuerdo con la técnica constitucional que arranca del abate Sieyès, nuestro estado tiene una norma suprema o conjunto de principios que enmarcan la actividad de la autoridad y de los asociados que es la Constitución, que tiene un carácter de permanencia y estabilidad para buscar el adecuado desarrollo de la actividad gubernamental y social.

Esa Constitución no se puede revocar, ni modificar de cualquier ma-

nera y la garantía de vigencia del Estado de Derecho se encuentra atada inquebrantablemente a su respeto y existencia.

Por difícil que sea la situación que el país viva en un momento determinado de su historia, por muchas que sean las vicisitudes por las que tenga que atravesar, la acción del ejecutivo y en general del poder deberá someterse a los mandatos constitucionales como garantía de supervivencia.

Cuando no se obra así se cae en la tiranía.

Y los tiranos no requieren de normas que regulen estados o situaciones de excepción, a la legalidad y a la normatividad. Ellos son la excepción pues han derogado la normatividad.

Por eso solo dentro del marco del estado de derecho es predicable la existencia del estado de excepción o estado de sitio.

Si el gobierno tuviese la posibilidad de desbordar el marco constitucional y usar de las medidas que su juicio le aconsejase para mantener la estabilidad de su mandato y sofocar los levantamientos o las guerras exteriores, no sería necesario el que, artículos como el 121 se diesen.

Es la medida en que el poder está normado y los gobernantes tienen la obligación de defender los derechos de los particulares y de garantizar la vida ciudadana que se tiene que crear una figura como el estado de sitio o el de emergencia económica, para investir pro-tempore al gobierno de facultades especiales que en la medida en que están previstas en la Constitución caen dentro de la legalidad.

En la Constitución se encuentran depositados el poder constituido, en el pueblo se origina el poder constituyente.

DISQUISIONES SOBRE SU NATURALEZA

La salud del pueblo es la suprema ley, afirmaban los romanos e indudablemente que es al gobierno constituido a quien compete velar por el cumplimiento del axioma, dado que las autoridades se hallan constituidas para garantizar la vida, la honra y los bienes de los ciudadanos como dice la misma carta fundamental.

La figura del estado de sitio en el ordenamiento colombiano, mete sus raíces en la concepción romana y por eso en el transcurso de todas las motivaciones que se dan para justificar las declaratorias de turbación del orden y declaración de estado de excepción ha de estar, legitimado, la invocación al cuidado y la garantía de los derechos de los asociados.

Solo tal razón sostiene jurídicamente la alteración del orden, y ella debe hacerse dentro del orden, vale decir, dentro del ordenamiento. Pero la vida nos va tallando y así los intereses y las exigencias también se van acompañando.

La reiterada situación de anormalidad, el uso y el abuso del régimen de excepción, el estado de excepción convertido en una nueva "normalidad" por su vigencia en el tiempo, han ido poco a poco adormeciendo el espíritu de sectores ciudadanos, que han ido renunciando imperceptiblemente a sus derechos en la medida que no han conocido su real garantía y existencia.

Por años hemos tenido en muchos campos normas sin contenido ni de-

fensa real. Y por eso para los ciudadanos no existen.

En los últimos tiempos la situación de violencia generalizada ha estrechado los marcos de aspiración de las gentes. Si en otros tiempos y hoy en otras latitudes, se exigía o exige la garantía del ejercicio de todos los derechos, entre nosotros el miedo, el acobardamiento que nos ha impuesto la barbarie, ha hecho que el ejercicio público de la libertad se cambie por la simple seguridad.

Hay quienes con la sola garantía de vivir ya se sienten satisfechos. Y nosotros quienes gozamos de mayores posibilidades por el medio que habitamos nos hemos contentado ya con los recortes permanentes al goce de nuestros derechos a cambio de una supuesta seguridad de nuestra integridad personal.

Poco a poco nos están acorralando, y la escala de nuestros valores se ha ido mutando lenta, imperceptible pero seguramente.

Ante esta situación y frente al ajuste constitucional que se avecina bueno es tener presentes las palabras de Lincon en el mensaje al Congreso como consejo para organizar los gobiernos venideros en su armazón constitucional:

"Hacemos unos gobiernos demasiado fuertes para las libertades del pueblo, o demasiado débiles para mantener su propia existencia?" (1). He ahí el dilema.

Por eso uno de los puntos centrales de quienes estudian los temas constitucionales es mirar la manera de permitir la utilización de poderes de emergencia, por parte de los gobernantes a condición de que se ejerzan dentro de los límites constitucionales.

El Presidente Colombiano en uso del 121 se convierte en cierta manera en una especie de dictador y no lo digo como sinónimo de tirano. Es esta una connotación que no le corresponde y que en los tiempos modernos tal vez con impropiedad se ha venido dando como sinónimo.

El dictador romano era un especie de salvador frente a una situación de peligro exterior, a quien se le investía de facultades que hacían del suyo un gobierno fuerte PERO LIMITADO.

Por eso desde entonces, el aspecto del control ha sido debatido con máxima garantía de los asociados frente a su mismo gobierno.

Hoy en día sigue siendo el tema que suscita más controversia por el temor fundado al desbordamiento en el uso de las facultades de que da fe el estudio de la historia.

EL ACUERDO POLITICO DE AGOSTO 24 DE 1990

Las funciones de la Asamblea Constitucional de febrero de 1991, han sido previstas en principio por el llamado acuerdo político celebrado con los representantes de los partidos.

Ese acuerdo se ha integrado al Decreto 1926 de 1990 y por su estructura podría ser una dura camisa de fuerza para la Asamblea.

Se explica por el temor del desbordamiento, injustificado para mí e inaceptable, pues está trasladando al gobierno actual un cierto poder constituyente no otorgado popularmente.

(1). Lincon Abraham. Mensaje al Congreso Americano. 4 de julio de 1961.

A mi formación jurídica se escapa la figura de esos constituyentes atados, sufriendo el martirio de Tántalo, ante la angustia de ser constituyentes, pero encontrarse limitados para cumplir las reformas que entiendan necesarias.

El acuerdo contiene para el estado de sitio una temática repartida en 9 puntos que enumeran las áreas de posible ajuste, lo que implica que las no mencionadas serán intocables.

Quizá deba tocar de unas y de otras unas cuantas para redondear la figura de esta ponencia.

En primer lugar no conozco debate y tal vez se deba al desprestigio de la rama legislativa, al respecto de la conveniencia o incongruencia de que quien va a usar de las funciones extraordinarias sea el mismo que tenga el poder de declarar y dar por terminado el estado de anormalidad. No se han mirado otras posibilidades.

Los motivos por los cuales puede llegarse al estado de excepción, podrían eventualmente tratarse por los constituyentes si se entiende que la mención que se hace en el acuerdo político sobre la posibilidad de un tratamiento gradual frente a las diversas formas de alteración del orden público necesariamente toca con tal tema. Porque con el tiempo las causales han ido evolucionando y la guerra civil de 1821 hemos llegado en los últimos tiempos al tratamiento de los atentados terroristas por la vía y con las armas del Artículo 121.

En el temario se posibilita el examen de los derechos y garantías que podrán ser restringidos y suspendidos para su designación con exactitud en la carta.

Sobre ello deberán discutirse los criterios para fijar el límite de la autoridad que jugará armónicamente con esa otra posibilidad que se va a estudiar de áreas de derechos que serán intocables bajo el régimen de emergencia. El fijamiento de esa zona de seguridad será definitivo para marcar la fisonomía del estatuto.

Quizá deba señalarse que este es un tema absolutamente novedoso en la figura, pues en ningún tiempo y en ningún texto constitucional se había introducido una salvaguardia efectiva para algunos derechos concretamente designados, dejándose siempre el arbitrio del ejecutivo de qué manera y cuáles de los correspondientes a los ciudadanos podían ser vulnerados so pretexto de hallar la normalidad.

Con la mira puesta en que el futuro deberá ser mejor y de que se hace una Constitución para muchos años, como corresponde a la jerarquía de este tipo de norma, los Constituyentes de 1991 tienen que ser capaces de al paso que miren la solución de la situación presente, establezcan un conjunto de garantías suficientes para toda la sociedad futura en la seguridad de que el nuestro será mañana un estado que permita la realización del hombre como persona, como ser humano digno y merecedor de todas las consideraciones.

La existencia del Estado solo se justifica en la medida en ésta dado al servicio del hombre como tal y con garantía no solo de vivir, sino de realizarse plenamente, con sus necesidades básicas suficientemente atendidas y con satisfactores para todas ellas, que paulatinamente lleven al olvido, el hambre, la miseria, la enfermedad, el desabrigo, la falta de afec-

to y la insolidaridad.

Los amigos del Estado Fuerte, tienen hoy un cúmulo de argumentos para exigir la presencia de figuras que dentro de la Constitución nueva lo entronquen. El sentimiento ciudadano de inseguridad, el dolor por las muertes recientes y las que vendrán, las tumbas frescas, la desolación, la ruina, los paisajes de destrucción y aniquilamiento, serán a manera de argumentos poderosos para quienes propendan por el Cesarismo.

Pero esos no son más que cantos de Sirena a los cuales no se podrá sucumbir y los amigos del Estado de derecho deberán librar dura batalla para impedir, que el miedo y el dolor tomen la pluma del constituyente y buscando una solución a nuestros conflictos nos arrojen a otra que implique un retroceso en el camino andado. No se trata de desandar sino de avanzar.

Aquí como atrás se repetirá el dilema de Lincon, acerca de cómo plasmar la estructura del Estado.

Demasiado débil?

Demasiado fuerte?

Tocando otro de los puntos del acuerdo político recordemos que la naturaleza de transitorio deberá definirse, sin que se vea claro que como algunos quieren —y se hacía en Roma bajo la República— que se fije un tiempo de vigencia de los poderes.

¿Quién podrá decir, cuando se declara turbado el orden cuándo éste irá a quedar restablecido? Si las normas se dan para recuperarlo, se sabrá de antemano de cuánto tiempo se necesita para alcanzar el cometido?

Aun cuando un límite temporal es defensible si se mira como una exigencia de eficacia.

Para mejorar la fórmula tradicional se trae también como tema importante la asimilación surgida del derecho de gentes al Derecho Internacional Humanitario. Pues como decía el señor Caro ya hace muchas décadas, el primero no se sabe dónde está, qué es o dónde se encuentra escrito, al paso que el segundo goza de definición y vigencia en nuestros días.

PALABRAS FINALES

La normatividad que se dé a la institución del estado de sitio en ese próximo texto constitucional se entronca con la tabla de nuevos derechos que habrán de concretarse y que se enuncian en el acuerdo político, en la medida en que como lo hemos venido sosteniendo en los estados de desorden o de alteración del orden público los derechos y garantías individuales corren peligro no solo por la acción de los particulares que han promovido o propiciado el desorden, sino también por las medidas que se tomen por parte del gobierno para su solución.

Nadie habrá de olvidar tampoco que los titulares de los derechos civiles somos todos, entre los cuales obviamente se cuenta a los miembros del gobierno y de todas las armas del poder público, pues en esta guerra no declarada en que hemos vivido en los últimos tiempos tal noción se ha perdido por los integrantes de todos los sectores.

Ni dejará de oírse la voz serena de Alberto Lleras Camargo cuando

prevenía contra "el mayor motivo de desprestigio y laxitud del estado de sitio por haber llegado a convertirse en simple expediente para sustituir la ausencia de un órgano legislativo". (2).

La recurrencia con extrema frecuencia en estos últimos 45 años a las medidas de emergencia y la permanencia de ese estado de zozobra, permiten concluir que no ha sido exitosa su aplicación. De ser así no se habría durado tanto tiempo dentro de él, ni los gobiernos sucesivos habrían requerido de su aplicación. Quizá la historia bien contada diga en qué medida ha sido un fracaso. La guerra interior es todavía cruel y pese a algunas declaratorias de paz no es claro el horizonte por donde asome la normalidad.

Y es que debe entenderse siempre que la represión no es la mejor arma contra el desorden sino la prevención. No es castigando al hombre como se hace futuro, ni siempre se provoca la revuelta por buscar simplemente el poder. Eso permitió a Eduardo Umaña Luna afirmar que "el estado de inseguridad social es la inevitable secuela de una carencia de seguridad social, entendida ésta en su verdadero significado en la sociedad moderna". (3).

Solo cuando nuestra sociedad sea más justa y nuestras estructuras se acomoden mejor al hombre colombiano, instituciones como el estado de sitio se irán quedando en el olvido por su falta de aplicación y vigencia.

(2). Lleras Camargo, Alberto. Discurso de Posesión ante el Congreso de la República. 1958.

(3). Umaña Luna, Eduardo. Un sistema en Estado de Sitio. Universidad Nacional. 1977. p. 53.

ACERCA DE LA PENA DE MUERTE

Rodolfo Mantilla Jácome

"Ir, por ejemplo a las cárceles. Allí veremos solo ladrones, principalmente. Y heridores u homicidas. En algunos, muy contados casos, violadores, estupradores y pequeños traficantes de drogas. Y por supuesto, si nos dejan verlos, también delincuentes políticos. (1) ANIYAR DE CASTRO Lola, Sistema Penal y Sistema Social Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. No. 4. Pág. 22.

Siempre he creído que un debate sobre la conveniencia o inconveniencia de la pena de muerte debe ser despojado de una serie de factores emocionales, preconceptos e "ideologías" que recargan el ambiente e impiden el análisis — los árboles no dejan ver el bosque—.

La mejor forma de encarar el asunto es empezar por responder qué finalidad tiene la pena y si efectivamente cumple con esa finalidad, o mejor, para qué sirve la pena?

Teóricamente el código penal, al que podemos catalogar sin discusión como el instrumento más drástico de control social institucional, advierte a todos los individuos de una comunidad nacional que deben abstenerse de realizar ciertas conductas y obligatoriamente realizar otras, bajo la amenaza de una sanción denominada pena en caso de que infrinjan sus disposiciones.

Se pretende con ello, que exista un orden y que se respete por todos los asociados que actúan conminados bajo la amenaza de una pena. Tal postulado que podría ser el sustento del sistema penal, tiene unos presupuestos que son de por sí un mito. El primero de ellos es la igualdad de los asociados ante el derecho y ante la vida, por lo menos en unas condiciones mínimas que les permitirían colocarse ante la advertencia jurídica penal en la posibilidad (libertad) de escoger el camino conforme a derecho o el camino contrario a derecho. Sin embargo, la realidad y la práctica son contrarias y desoladoras; qué se puede pedir a un hombre a quien en su infancia no se dio ni abrigo, ni afecto porque no tuvo hogar ni verdadero ni sustituto, ni educación y al final medio de sustento, que no tiene ni un nombre; ni una posición social digna, sino por el contrario, el desprecio social que ve en él un paria?, y qué esperar de la prostituta que en las cloacas sociales gana su sustento con la indignidad de su cuerpo y entre los vicios, las enfermedades y el desprecio de la comunidad?, o de los padres que sin oportunidades ven extinguir sus hijos de hambre o pasar la vida sin oportunidades? Para tantos desheredados, para el lumpen, para esa gran masa amorfa y despreciable de los marginados no dice nada el derecho penal ni como conminación ni como sanción.

(1) Aniyar de Castro Lola "Sistema Penal y Sistema Social" en Rev. de Col. de Abogados Penalistas del Valle No. 4. Pag. 22

El otro mito es el que la justicia penal esparce por igual su apocalíptico castigo a todos los asociados. Ello es falso, la justicia por lo menos en nuestro medio es para los de ruana.

En un reciente discurso en la ciudad de Cali, el actual presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia manifestó: "no podemos permitir que el derecho penal siga siendo el derecho de los pobres, no en cuanto protege mejor sus derechos, sino por ser a ellos, a quienes más fuertemente golpea con sus sanciones". (2) y para nadie es un secreto, que la justicia no llega a los sectores privilegiados; qué ocurre por ejemplo con los peculados, tráfico de influencias, sobornos, contrabandos técnicos?; cómo se explican la sociedad y los interesados, los enriquecimientos de la noche a la mañana de nuestros políticos y funcionarios de altos e importantes cargos? Cuántos industriales y comerciantes están en las cárceles colombianas por producir y vender artículos adulterados, sin las calidades debidas, por ejemplo, drogas y alimentos, causando con ello graves perjuicios en la salud?, y cuántos banqueros inescrupulosos que han organizado estafas colectivas y defraudaciones millonarias? qué decir de los usureros profesionales que exprimen a las gentes? Se pregunte también si será que las mujeres de las altas clases sociales y económicas no se practican el aborto o será que solo se conocen los de las pobres mujeres del pueblo realizados por parteras incultas en lugares anti-higiénicos?

Estos ejemplos rápidamente traídos sirven para concluir que la sociedad tiene una serie de mecanismos y de filtros para aplicar la justicia a los de ruana.

Las cárceles están llenas de gentes sin recursos económicos, de los desarraigados sociales, de aquellos seres que en su gestal cualquiera de ellos correspondería al retrato hablado del delincuente trazado por alguien socialmente importante; sucios, mal vestidos, incultos, ordinarios, maliciosos iletrados, vagos y de malas costumbres y que por todo ello la opinión pública, estigmatiza.

Y es esa misma opinión la que califica de graves ciertos hechos; indudablemente el asunto es de conveniencia, hay comportamientos delictivos que golpean muy duramente a las altas esferas sociales, el secuestro, la extorsión el abigeato y que causan la natural zozobra e intranquilidad en esos sectores de donde constantemente parten voces pidiendo la imposición de la pena de muerte para estos delincuentes en la creencia de que la lucha contra estos males sociales se efectiviza de esta forma. Sin embargo, nadie dice nada de otras conductas delictivas tan graves o mas que atentan no contra una persona individualmente considerada sino contra toda la colectividad o un gran sector de ella, o en ocasiones contra la economía nacional, como cuando una empresa de cemento, por ejemplo, en Bucaramanga, contamina el ambiente generando problemas de salud comprobados en un vasto sector de la ciudad, principalmente en niños, o cuando se juega con la economía colombiana, o con los bienes de la administración, cosa extraña, nadie piensa en la gravedad del asunto

(2) Saavedra Rojas Edgar, en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle No. 8 año 1983. Pág. 94.

ni a nadie se le ocurre pedir la pena capital para estos delincuentes.

La pena de muerte, es para nosotros una insensatez, tiene el sentido de la reacción primaria, al tiempo que implica la negación de una problemática y el ocultamiento de una culpa colectiva. La sociedad antes que intolerancia, necesita reflexión profunda sobre sus grandes males para solucionarlos con valor y solidaridad, por eso no creemos que la solución sea la pena de muerte ni para los privilegiados ni para los marginados, aunque para estos últimos pediríamos que —por favor la quiten— porque las afueras de las ciudades colombianas se han convertido en cementerios públicos y en testigos silenciosos de las muertes de la intolerancia del sistema, que sumido en sus propios delirios pretende acabar con homosexuales prostitutas, pordioseros, raterillos y toda esa extensa masa de marginados, mediante la más torpe de las acciones, la violencia generadora de más violencia. Por ello Albert Camus dijo proféticamente: "no habrá paz durable, ni en el corazón de los individuos, ni en las costumbres de las sociedades, hasta que la muerte no sea excluida de la ley". (La pena de muerte, CAMUS, Albert, pág. 164).

LA INFORMATICA JURIDICA EN EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL - UN ENSAYO-

Miguel Angel Pedraza Jaimes

En modestísimo homenaje a la memoria de Samuel Alonso Rodríguez Jácome (aun con todas nuestras diferencias conceptuales y políticas), por su dedicación al estudio del Derecho Penal y de la Metodología de la Investigación Jurídica.

El avance de la tecnología, de los sistemas computarizados y de la incorporación de éstos en la gran mayoría de disciplinas científicas, si no en todas, constituye aquí y ahora un reto para el estudio, la interpretación y la aplicación del Derecho en Colombia, empuja a que en otras esferas geográficas exteriores fueron incorporados de antaño tales modelos de informática jurídica por haber notado la necesidad de agilizar, descongestionar y hacer más eficiente la administración de justicia.

En el medio jurídico nacional, y específicamente en aquel que dice tener relación con el derecho represor - punitivo tanto sustantivo como adjetivo, válido resulta reconocer no solo su trascendencia e importancia frente a otras materias privatísticas, sino además, su estrecha vinculación con la crisis de las instituciones estatales a expensas pues del debilitamiento del Aparato debido al menoscabo y la violación de intereses jurídicos mayúsculos, muchos de ellos que tocan con el orden público y la seguridad nacional, amén de aquellos que implican la alteración del estado normal de cosas en el ocurrir de las relaciones sociales.

El fenómeno delincencial, entonces, al haberse constituido en la última década en uno de los factores de mayor descomposición de la sociedad y desequilibrio del Estado, revierte en el medio jurisdiccional atiborrándolo de expedientes, procesos, sumarios o causas, todo lo cual conlleva intrínsecamente la existencia de problemas jurídicos atinentes ellos a la complejidad de las mismas instituciones que integran el Derecho Penal Sustancial y el Derecho Procesal Penal, dentro de las que debe escenificarse el sigilismo de naturaleza jurídica subsumiendo el caso concreto dentro del tipo legal específico, ya se trate de la adecuación de la conducta con sus correspondientes juicios de desvalor y de reproche, ora que comporte la toma de una decisión en el plano de lo procedimental.

Enfrenta pues la justicia penal un sinnúmero de investigaciones por la vasta existencia de atentados criminales, lo cual de manera insoslayable representa la tramitación procesal, es decir, el adelantamiento de la instructiva y el respectivo juicio cuando a él hay lugar, denotando dichos factores la presencia de una gestión judicial, apremiante pero a la vez excesiva, que se demanda eficaz pero que a la vez es lenta cuando no retardadísima, y que se requiere ecuaníme y sabia pero a la vez resulta precaria, fragmentaria y en veces torpe en la decisión de fondo.

Ese elevado volumen de procesos penales que en la actualidad ocupan los Despachos Judiciales, esa cantidad de diligencias por practicar y decisiones por adoptar, que por su misma cantidad terminan retrasadas y represadas, sin duda que están constituyéndose día a día en un germen de desestabilización y descrédito para la justicia, aunado todo ello, claro está, a esas incipientes condiciones económicas que el Ejecutivo y el legislativo han establecido en pírrico favor hacia la misma. No solo es la delincuencia en sus múltiples formas aquella que resquebraja el ente estatal y la que perturba la normalidad del Estado de Derecho legalmente constituido. Se torna caótica e insostenible la situación cuando ese Estado, a través de sus fuerzas institucionales, entre ellas la del aparato jurisdiccional, no responde razonable, técnica y científicamente a sus necesidades prioritarias de prevención y represión del delito, aun cuando quiera presentar al Derecho Penal como el mecanismo más prístino de control social y al Proceso Penal como la más viva expresión del verdadero juzgamiento de los responsables. Es en este punto donde descansa la realidad, la que diariamente vive, soporta y solloza la justicia punitiva nacional, que tiene infinidad de leyes, que implementa con frecuencia cualquier cantidad de instrumentos legales, que especializa jurisdicciones, que crea cuerpos investigativos, en fin, pero que no cuenta con los medios técnicos modernos capaces de estar a la altura de la propia sofisticación delincencial, ni tampoco con eficaces mecanismos que permitan agilizar y prontamente despachar los procesos de juzgamiento, como que aún es la obsoleta máquina de escribir la que regenta el frontispicio judicial y aún es la tramitología "mano a mano", "despacho en despacho", la que gobierna, verbo y gracia, la "urgente" solicitud de información sobre unos antecedentes judiciales.

Por eso, por todo eso, a tono con la época y con la metamorfosis acaecida en el seno de todas las ciencias por cuenta de la intensa aparición y tangible consecución del computador, es que debe proclamarse con suma seriedad, ya no tan solo las causas y consecuencias de la crisis de la justicia criminal en Colombia y de la crisis del Derecho Penal, del proceso penal y del derecho penitenciario ídem, sino plantear una estrategia cierta, real y posible de transformación de la justicia sancionadora, primero, frente a la propia mecánica de la oficina judicial y, segundo, frente a la agilidad, eficacia y versatilidad del proceso de juzgamiento, primordialmente en su parte adjetiva, con base pues en unas ayudas constituidas por la mayor información jurídica posible.

Y esa reforma que acá se plantea paladinamente, al mejor estilo de la certeza de un buen visionario, claro que de manera ineluctable puede llevarse a cabo a partir de la implementación de la máquina computarizada dentro del procedimiento penal colombiano, con todos sus procesos y ante todos los esguinses procesales específicos, para de verdad hacer más activo el juzgamiento de todos los individuos procesados, para responder ligera pero razonablemente lo que con técnicas anacrónicas constituye una traba procesal, para hacer eficiente el mecanismo de la justicia descongestionando, adelantando y despachando, y, en últimas, para que se administre pronta y cumplida justicia, mandato constitucional, casi divino, hasta ahora flagrantemente desconocido en nuestro medio gubernamental.

mental y judicial.

Mediante la utilización de la información sistematizada en el medio judicial, preciso es alcanzar todos los modelos de informática jurídica, integrando éstos no solo a la gestión operacional - funcional del Juzgado, sino también al registro de documentos relacionados con el trámite intrínseco o anexo a la oficina misma, amén del diseño de un banco de datos de contenido jurídico que estaría conformado por los patrones legales, doctrinales y jurisprudenciales de ayuda a la decisión. Ello daría lugar, en consecuencia, a implementar la "informática jurídica de gestión" y la "informática jurídica decisional y de ayuda a la decisión" dentro del campo del procedimiento penal colombiano, para de tal forma otorgar celeridad al desarrollo mismo del proceso y ventilar cada uno de los expedientes en curso, animados pues por una información más completa, más a la mano, de indiscutible contenido jurídico - procesal y, sobre todo, alejada de la lentitud, de la pérdida de valioso tiempo, del vencimiento rutinario de los términos judiciales y, claro está, de una decisión tardía y además incompleta, a la que casi siempre hay lugar en proporción directa a la congestión laboral y a la desinformación jurídica.

La sistematización del procedimiento penal colombiano en general, y específicamente de cada uno de los diferentes procesos en particular, llámese procedimiento ordinario de audiencia con o sin intervención de jurado de conciencia, procedimiento abreviado, procedimiento de la Ley 2ª de 1984, o procedimiento de orden público, bien puede llevarse a cabo a partir del diseño y construcción de unos ordenadores electrónicos que tienen que ver con todo el trámite adjetivo de naturaleza jurídica y que, en el fondo, comportan el cúmulo de problemas jurídicos que puedan presentarse en la aplicación de las normas procesales. Es decir, que de antemano el sistema compendia todas, absolutamente todas las posibilidades decisionales que puedan registrarse con base en los diferentes fenómenos procedimentales existentes, los cuales previamente han quedado determinados a usanza de la descripción normativa y de la praxis judicial en sí misma considerada. La mayor información posible sobre los distintos problemas que reporta el Derecho Procesal Penal de nuestro medio, así como el seguimiento automático de cada uno de los pasos o trámites de impulso adjetivo, que llevan el proceso desde la "notitia criminis" hasta la sentencia de segunda instancia, es incorporada al modelo sistemático con sumo cuidado académico y con amplias posibilidades de renovación o actualización, ante lo cual solo restaría un adecuado manejo de la máquina en aras pues de agilizar el curso procesal, reportar una información más amplia y rápida, registrar lo necesario y ayudarse jurídicamente, con norma, jurisprudencia y doctrina, para tomar la decisión.

Al tanto con el diseño estructural del proceso penal que gobierna la investigación de los delitos y el juzgamiento de las personas procesadas por la comisión de los mismos, encaminado en suma a la agilización, descongestión, rectitud y probidad de la justicia en su parte procedimental, resulta también significativo destacar que tal modelo de sistematización igualmente puede ser de recibo para el abogado litigante en su consultorio jurídico, para el docente en relación con la enseñanza del Derecho en cátedra magistral y para el estudiante de leyes dentro del aprendizaje es-

colarizado de las mismas.

Sin duda, la idea central de las llamadas "informática de gestión" e "informática de ayuda a la decisión", incorporando en la primera tanto la "informática registral" como la "documental", es aquella que dice tener relación con todo el andamiaje pragmático de la Rama Jurisdiccional y sus diferentes dependencias judiciales, tendente sobre todo a acelerar el proceso lógico de descongestión de trabajo en juzgados al amparo de la utilización de medios técnicos idóneos compatibles con el avance de la tecnología, el crecimiento demográfico y el aumento de las formas delictuales, cuya represión le es intrínseca y toca directamente sus entrañas. Empero, ello no obsta para que, beneficiado como debe quedar el Aparato Estatal y su Poder Judicial, se ponga de manifiesto una renovación del mismo entendimiento y de la misma interpretación del Derecho Penal, del Derecho Procesal Penal y del Procedimiento Penal Colombiano, por cuenta también del abogado en el litigio, del profesor en su clase y del estudiante en el centro de enseñanza, lo cual conllevaría a una omnimoda evolución del Derecho y las disciplinas jurídicas mediante procesos doctrinales sistematizados y automáticos que en manera alguna desnaturalizarían la "ratio escendi" de lo jurídico, sino todo lo contrario, la fortalecerían, la harían correr parejo con la más avanzada tecnología y la integrarían en una esfera del conocimiento mucho más dinámica, eficiente e inteligente que la que hasta ahora nos ha venido carcomiendo y que tanto daño le ha causado en la práctica al proceso penal, cuando no al procesado, para quien los dispositivos computarizados también garantizarían estrictamente un ágil y legal juzgamiento, diferente al de la lentitud, al de la demora, al de la búsqueda incesante de un documento, al del frecuente obstáculo procesal y al de la decisión fragmentaria.

Se pretende, en últimas, un juicio técnico, completo y no mezquino, en el que participen todos los que la ley autoriza como interesados y el que esté al alcance del entendimiento de todos, de todos los funcionarios y empleados judiciales, y de todos aquellos que, abogados, profesores o estudiantes, así sea por mera inquietud académica, si no por ahondar en la materia, quieren conocer qué es un proceso penal sistematizado.

APROXIMACIONES AL TEMA DEL ABORTO

María del Rosario Romero C.

Las ideas que expondré acerca del aborto, no representan la voz de las mujeres como una totalidad, como un solo grupo compacto, homogéneo, pues éste no existe. Existimos hombres y mujeres cada uno con nuestra personalidad y diferentes grados de conciencia. Digo esto, porque a veces caemos en la tentación de mirar la sociedad al estilo —perdonarán lo caricaturesco del ejemplo— del mundo irreal de los Pitufos: esos pequeños seres con una autoridad masculina, son todos varones cada uno con una personalidad característica y una profesión, tienen posibilidad de ser ellos mismos, mientras que solo uno de aquellos personajes es "la mujer"; ella representa lo femenino sin ninguna diversidad (ni siquiera tiene una profesión).

Al contrario: soñamos con un mundo mixto en el que se escuche la voz de las mujeres desde sus diferentes manifestaciones como personas. Que se escuche la voz de la mujer desde la religión: ya contamos con excelentes aportes de teólogas, que entre otros vitales temas, han reflexionado también sobre el aborto. Necesitamos la voz de la mujer desde la jurisprudencia, haciendo ella también las leyes, que tradicionalmente han sido fabricadas por los varones y que no se acomodan a la situación real del otro 50% de la humanidad. Añoramos la presencia de la mujer en la medicina, no solo como ejecutora de procesos rutinarios, sino como orientadora de un enfoque más humano de la ciencia. Porque adolecemos de un sistema de salud que verdaderamente entienda a la mujer y que le proporcione servicios adecuados.

Las ideas que expondré sobre el aborto, vienen de una posición claramente feminista, y no me avergüenza la palabra, ni le doy un sentido peyorativo. No hablo de un "feminismo" radical y ácido que mire a los varones como los enemigos, que hable de exterminarlos o que declare la guerra entre hombres y mujeres. Tampoco de un hembrismo, la otra cara del machismo, posición de la mujer que aguanta, tolera y reproduce el sistema patriarcal y sus violencias. Hablo del Feminismo como un humanismo, posición y opción de hombres y mujeres que tienen suficiente conciencia del valor de nuestras diferencias y el respeto por ellas y del valor de nuestra igualdad fundamental como personas. Hablo del feminismo como un compromiso de defensa de los Derechos Humanos de la Mujer y un trabajo continuo de educación en la no discriminación por género. Tal opción favorece tanto a los hombres como a las mujeres porque construimos la utopía de una relación armónica entre los sexos.

Un primer paso para acercarse a la reflexión sobre el tema del aborto, —no con la intención de "llover sobre mojado" o esgrimir condenas, sino con la voluntad de aportar a su solución—, debe ser el limpiar de todo prejuicio o carga negativa a priori su mismo concepto y denominación. Si asociamos la palabra aborto inmediatamente con crimen, ya no tenemos más que avanzar. Hay palabras tan cargadas de negación que su sola

pronunciación nos espanta: madrastra, suegra, masturbación... aborto... Y es que cada palabra carga también un peso cultural e histórico.

El aborto no debe considerarse de manera aislada; pertenece a la globalidad de los hechos reproductivos que han sido valorados a través del tiempo en diferentes formas y son relativos al espacio cultural. No todos los grupos humanos, ni en todos los tiempos han condenado opciones como el homosexualismo o como la interrupción del embarazo.

El repudio y el ocultamiento de un problema tan grave y tan extendido como el aborto, ha de verse en el marco de nuestra cultura sexófoba y misógina. Ha de estudiarse en el marco de nuestra sociedad tercer mundista de pobreza para las mayorías, de cultivo de la violencia, de doble moral y de machismo evidente. No es lo mismo hablar del aborto en una sociedad que tiene resueltos sus problemas económicos básicos, en un país menos violento que el nuestro o en un grupo social más tolerante con respecto a la igualdad entre hombres y mujeres. Hablamos del aborto en una cultura abortiva, abortista, donde se truncan nuestros derechos elementales de comer, estudiar, trabajar, tener salud, hablar y pensar, soñar y proyectar.

El aborto no es solamente un hecho biológico para ser tratado por la medicina; no es solo un hecho condenable para ser tratado por la ley. No es solo una cuestión moral para ser juzgada solamente por la religión. El aborto como cualquier otro hecho de la vida y de la reproducción, es una vivencia integral física, psíquica, emocional, ontológica, profundamente individual e innegablemente social, experimentada exclusivamente por la mujer. (1)

No es suficiente observar para entender. El varón participa solo indirectamente en este dilema fundamental que puede vivir cualquier mujer desde sus doce o trece años hasta los cuarenta o cincuenta, es decir, durante su edad fecunda. Solo la mujer puede decidir. Los demás pueden intentar ponerse en su lugar y emitir opiniones. Nada más.

La discusión sobre el aborto, por supuesto, es social, pero la voz primera ha de ser la de la mujer misma, tradicionalmente silenciada. Claro, ella debe decidir como individuo - social, considerar la dimensión social de su elección, pero es ella quien decide. (2)

Es curioso cómo nuestra doble moral nos hace ver ciertos momentos de la vida sexual y/o reproductiva como eminentemente íntimos e individuales, mientras que otros son considerados ajenos a quien los siente y de dominio primordialmente social. Así, se considera "problema de cada quien", el deseo sexual, las relaciones sexuales, la concepción y el emba-

1. "De hecho, más que un problema que pertenece a la biología, a la genética o a la moral (y más exactamente a la doble moral), el aborto es un problema de deseo y de amor. La mayoría de mujeres sabe intuitivamente, y algunas lo están entendiendo hoy "científicamente", que detrás de cada niño que nace debe existir en primer lugar, o haber existido, un deseo de hombre y un deseo de mujer, y luego un deseo de hijo".

THOMAS, Florence. La lógica del deseo: Hacia la legalización del aborto. 1989 (Inédito).
2. "Pero si bien esa maternidad - paternidad debe resultar de una decisión mutua, insistimos sobre la importancia de la decisión femenina. Porque mientras el mundo no se transforma (o lo hace tan lentamente) en cuanto a la repartición de roles y funciones en relación a la crianza, educación y socialización de los niños, y en relación a la participación de los hombres en la cotidianidad ligada a la infancia, la decisión de la mujer es absolutamente esencial".
op. cit.

razo; que cada cual se arregle como pueda en estos aspectos. Una mujer que espera su quinto hijo, abandonada por el compañero, lavando ropas ajenas para conseguir el sustento diario, tiene un problema que se considera en la práctica como "personal"; si esa misma mujer decide interrumpir su embarazo, se verá de inmediato juzgada por un supuesto "crimen social".

A nuestra sociedad le falta ver que el crimen, si es social, es porque su propia estructura lo ha gestado, negando sistemáticamente el valor al sujeto femenino, la educación sexual apropiada desde temprana edad, las posibilidades de trabajo y desarrollo humano para las grandes mayorías, el conocimiento y facilidades para el uso de métodos de regulación de la fecundidad eficaces y que no afecten la salud, etc.

Es que la problemática del aborto es en el fondo un problema de considerar a la mujer PERSONA, con libertad, con poder de decidir, sujeto de deseo, inteligente y con derecho a expresarse. Nadie puede obligar a una mujer a abortar pero nadie tampoco puede obligar a la mujer a concebir, a llevar un embarazo. La mujer no es un recipiente.

La falsa mística de la feminidad, el culto "sagrado" a la maternidad, la himenolatría... todas son formas ideológicas de opresión para la mujer y por tanto, caldo de cultivo para el aborto, pues MIENTRAS HAYA DISCRIMINACION HABRA ABORTO. Porque la lógica del silencio y la negación se contraponen a la lógica del deseo y la autodeterminación (3).

A las mujeres no nos gusta el aborto. El aborto no es placentero. No es la solución definitiva, ni la panacea, ni el logro máximo de nuestra "liberación". Pero nos vemos abocadas, obligadas a esta otra forma de esclavitud. Estamos sin alternativas ante un embarazo indeseado, por las mismas condiciones de una sociedad que nos considera objetos sexuales; como Eva, culpables de todo; sin acceso (para las mayorías) a una vida económicamente estable, sin educación sexual, sin educación para la vida, con el peso de un juicio despiadado por parte de la ley masculina, de la religión masculina, de la ciencia sexista, del sistema de salud que inscribe a la maternidad en los parámetros de la enfermedad, de la cultura que señala una decisión sobre la vida como un asesinato. (4)

La cultura del silencio sobre lo sexual y la negación de la palabra para la mujer nos lleva al aborto. Nos lleva a la angustia, el miedo y la culpa, nos enfrenta a la hostilidad ciega y sorda del mundo de los hombres que no quieren saber nada del nudo que vivenciamos.

Es nuestro sentido de la vida el que nos lleva a defender la decisión por la vida deseada. No por la vida como mera sobrevivencia, sino por la calidad humana de la vida. Para esto necesitamos un cambio de mentalidad, educación en el uso de los medios para regular la fecundidad, eliminación de la discriminación contra la mujer, despenalización del aborto pues la

3. "Y nosotras, calladas también muchas veces, cómplices de este mundo masculino, hasta en contra de nosotras mismas, aceptamos sin decir nada, sin hacer nada, que las cosas sigan así..." op. cit.

4. "...millones de mujeres norteamericanas reprueban el aborto y se consideran asesinas cuando tiene uno; sin embargo, miles de miles de esas mismas mujeres continúan haciéndose abortar, incluso bajo las peores condiciones médicas. Evidentemente, debe haber algo que estas mujeres consideran aún peor que el aborto, y esto es tener hijos no deseados". ELLIS, Albert. El Folklore del sexo. México: Grijalbo, 1961, p. 124.

coerción y la clandestinidad solo están provocando una altísima y diaria mortalidad femenina. La creación de Centros especiales de atención integral en salud femenina donde simultáneamente se eduque.

La legalización del aborto, por otra parte, tiene que ser una medida transitoria; lo deseable es que no tuviéramos que recurrir a él (5)

Un aborto debería ser para la mujer la oportunidad de repensar su vida e iniciar un proceso de autoestima y valoración. Cuántos abortos tendríamos que hacernos en el curso de una vida para complacer a otros lastimándonos nosotras mismas? Sin embargo, y por sobre todo, debe primar el respeto por la decisión de una mujer; escucharla y brindarle los medios para que supere momento tan difícil sin peligro de su vida y su salud física y psíquica, permitiéndole a la vez oportunidad de fortalecer su conciencia para que el aborto no se repita como un juego cruel. Tampoco podemos condenar a las adolescentes si no hemos hecho nada en favor de su educación sexual con un sentido preventivo antes que represivo. (6)

5. "...a pesar de reclamar a gritos la legalización del aborto, no lo planteamos como la solución definitiva, no planteamos el aborto como medio de contracepción sino solo como un triste recurso INDISPENSABLE mientras se transforma sustancialmente la sociedad y con ella las relaciones entre los sexos".

6. Hoy, si los hombres hubieran empezado a amar de verdad a las mujeres y si las mujeres hubieran empezado a amarse a sí mismas, hace tiempo que la maternidad hubiera dejado de ser una fatalidad y hubiera recobrado su viejo sentido de privilegio y su nuevo sentido de opción". THOMAS, Florance. Op. cit.

ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE SANTANDER Y EL CONSEJO DE ESTADO
SOBRE LA RESOLUCION 877
DE DICIEMBRE 30 DE 1985,
MUNICIPIO DE BUCARAMANGA

Solange Blanco Villamizar,
Cecilia Medina Rincón,
Hermes Pacheco Araque

1. INTRODUCCION

El siguiente análisis tiene como objeto de estudio el proceso administrativo adelantado ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander y el Consejo de Estado, con ocasión de la demanda de nulidad de la Resolución 877 de diciembre 30 de 1985, emanada de la Alcaldía del municipio de Bucaramanga mediante la cual se cancela un permiso para juego de esferódromo y black jack.

Hemos tomado por guía la traducción libre del francés hecha por Jorge Eduardo Chemas Jaramillo sobre el estudio jurisprudencial que tiene la obra "DROIT CONSTITUTIONNEL ET INSTITUTIONS POLITIQUES", CHRISTIAN BIDEGARAY, CLAUDE EMERI, JEAN-LUIS SEURIN. Themis - Puf. París, 1983, porque es un texto de obligatoria aceptación en la materia de Jurisprudencia Constitucional.

El desarrollo del trabajo lo hicimos haciendo acopio de los hechos señalados en la demanda y fijados en ambas sentencias, se analizan los elementos procesales, ahondando en la decisión y el planteamiento del problema jurídico para luego concluir en un esbozo crítico ceñido a un marco teórico previo.

2. MARCO TEORICO

El constitucionalismo moderno estudia el concepto integrado de constitución y tiene en cuenta primero los factores reales de poder antes que los enunciados institucionales. Sostiene que la constitución social antecede a la política, pues la cultura determina la forma de vida, el sentimiento y el pensamiento del individuo, es decir, el interés general primero que los demás bienes.

La sociedad es comprensiva de las tendencias, tradiciones, usos morales, sociales y económicas; dentro de esas ideas se da el fenómeno de pre-

disposición al orden, a la armonía, aunque ésta nunca se logra totalmente en la realidad. Como el hombre es un ser social por naturaleza lo guía un principio de humana convivencia colectiva el cual busca perfeccionar cada día, éste es el orden social. Orden que lo manifiesta la sociedad en el querer una determinada forma de organización. Sin embargo, la convivencia humana como ordenamiento de la paz, se halla interiormente enervada y exangüe, exteriormente expuestas a peligros en todo momento; entonces, para salvaguardar la convivencia humana aparece lo jurídico, la normatividad, el derecho a imponer el imperio coactivo, regulativo del comportamiento humano. El reflejo de ese querer predominante del orden social es el orden institucional, la codificación positiva, escrita o consuetudinaria. Ahora bien, la correlación armoniosa entre el orden social y el orden institucional constituye el orden público, su contrapartida es la ruptura de esa correlación y esto es el desorden público. En este contexto el orden jurídico es la expresión de validez y eficacia del orden institucional que lo legitima y justifica. Cuando el imperio del orden jurídico va contra el orden institucional desquicia el orden y contribuye al desorden.

Modernamente el orden público está integrado por aquellas ideas sociales, económicas, políticas, morales y aspiraciones legítimas que tienden a garantizar a la sociedad la paz, la seguridad, la estabilidad, la tranquilidad y la salubridad públicas. Esto hace que la noción de orden público sea flexible y esencialmente variable en su aplicación en todo momento, razón por la cual los jueces al aplicar la noción de orden público contra los actos jurídicos deben ser pragmáticos ponderando las circunstancias, el tiempo y las necesidades del momento.

Como la sociedad está formada por hombres cuyo patrimonio es la libertad, atributo propio de los seres dotados de inteligencia y razón, es facultad de elegir entre los medios que son aptos para alcanzar un fin determinado. Ahora bien, la razón y la voluntad pueden elegir un bien útil pero también pueden guiarse a un fin no útil a la sociedad, porque la razón y la voluntad son facultades imperfectas del hombre y ello justifica un límite a esa voluntad orientado por la prudencia humana y la convivencia social. Exige entonces la **institucionalidad del orden** es decir, la constitución política como garantía de las libertades y ese derecho a la libertad es el derecho a tener una constitución, la cual debe estructurar un sistema y una técnica de garantía de las mismas, a través de los controles de legalidad presupuesto fundamental del derecho.

Conclúyese entonces, que la libertad tiene como límite el interés general el orden público y las buenas costumbres. Las libertades públicas y los derechos fundamentales se han clasificado en tres categorías con diferencia de cultura, técnica y funcionamiento:

La primera, está fundamentada en el principio liberal puro, el estado la garantiza con la regla de abstención y la incoercibilidad, su base es la libertad, autonomía y éstos son los llamados **derechos naturales**. La segunda categoría, son los derechos expresión del principio democrático que contemplan al individuo convertido en ciudadano cerca del poder, la estructura técnica de la libertad exige del Estado una obligación de hacer, éstos son los denominados **derechos cívicos o políticos**; el individuo

es dominus de la cosa pública y el Estado reconoce al sujeto su determinante participación en la formación de la voluntad política del Estado, en las estancias públicas y socialmente relevantes y facilita que esa posibilidad de actuación no sea bloqueada. La tercera clase de derechos envuelve un típico derecho prestación, la técnica de garantía es un estado prestatorio de servicios públicos.

Como el Estado programa unos cometidos que tienen como marco el interés social y las libertades y los derechos, la constitución señala unos controles a los actos del Estado que atentan contra esos dos bienes, y lo hace a través de la técnica de las vías de acción o excepción de inconstitucionalidad, de inconstitucionalidad y legalidad o de amparo a dichos derechos frente a los proyectos de ley, la ley, los decretos y los actos jurídicos administrativos en general.

Además como todos los cometidos estatales tienen diferencias entre sí para cada uno de ellos se ha formulado la técnica de diferenciarlo tanto en su forma, contenido y efectos y por esa razón les adecúa formas jurídicas de tratamientos diferentes dependiendo eso sí del interés social, el orden público y las buenas costumbres.

3. LOS ELEMENTOS DE HECHO

1°. Mediante la Resolución 741 de noviembre 9 de 1983, la Alcaldía de Bucaramanga otorgó permiso al señor X para el funcionamiento de juegos de esferódromos y black jack.

2°. La resolución en mención fijó en 100.000 pesos mensuales el impuesto de industria y comercio.

3°. La resolución de permiso condicionó su vigencia temporal a la permanencia de las circunstancias que le dieron origen.

4°. Al momento de su otorgamiento el juego de esferódromo era permitido en Bucaramanga.

5°. El artículo 1°. del Decreto legislativo 26 de 1906, prohibió en todo el territorio los juegos de suerte y azar.

6°. El artículo 17 del Decreto 1986 de 1927 señala como juegos prohibidos aquellos en que la ganancia depende exclusivamente de la suerte y el azar, sin que los jugadores mediante su habilidad y buena fe puedan inclinar la fortuna favorablemente.

7°. El artículo 62 numeral 18 del Decreto ley 1222 de 1986 que reprodujo el artículo 98 numeral 42 del Código de Régimen Político y Municipal, otorgó a las asambleas departamentales la facultad de reglamentar y gravar los juegos permitidos.

8°. El Alcalde de Bucaramanga, mediante Decreto 234 de 1985, reglamentó y gravó los juegos permitidos, clasificando como juego prohibido el de esferódromo y black jack sin tener facultad para ello, pero el Decreto no fue atacado por ilegal.

9°. Con base en el mentado Decreto 234 de 1985 el Alcalde profirió la Resolución 877 de diciembre 30 de 1985, cancelando el permiso concedido.

10°. El 2 de enero de 1986, una patrulla de la policía realizó el cierre del establecimiento para hacer cumplir la Resolución 877 de 1985.

11°. La motivación o razón de ser de la Resolución 877 se basó en el

Decreto 234 de 1985 y la Resolución 741 de 1983.

12°. El titular del permiso de funcionamiento lo cedió a un tercero quien formuló la demanda. El permiso no se otorgó en atención a las calidades individuales de su titular.

4. LOS ELEMENTOS PROCESALES

LA NATURALEZA DE LA JURISDICCION

El actor invocando el sistema incidental (control derivado del fuero de amparo mexicano) de control simultáneo de constitucionalidad-legalidad de los actos por vía de acción pública de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 216 de la Carta Política y artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, demanda ante el Tribunal Administrativo de Santander la nulidad de la Resolución 877 de 1985, el restablecimiento del derecho, el pago de perjuicios causados por el acto y la suspensión provisional.

LA NATURALEZA DE LOS INTERESES EN JUEGO Y DE LAS PARTES ENFRENTADAS

Dice que la resolución es nula porque viola la Constitución Nacional, artículos 26, 17 y 39 al no observarse el debido proceso, no proteger el trabajo y restringir la escogencia de una profesión lícita; y además, el Código Contencioso Administrativo en sus artículos 28, 44, 47, 48, 50, 73, 74 y 76, al no vincular a terceros, no notificar el acto, revocar un permiso sin el consentimiento expreso de su titular, no motivar la resolución, no permitir recurrirla y ordenar su ejecución.

LA ETAPA DEL PROCESO

La demanda fue admitida y ordenada la suspensión provisional por considerar tanto el Tribunal Administrativo como el Consejo de Estado que violaba los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo, al no habérselo estimado necesaria la aceptación expresa y escrita de su titular.

En los alegatos de conclusión tanto de primera como de segunda instancia se presentó una tesis central relacionada con la naturaleza jurídica del acto acusado y las disposiciones aplicables al mismo, así como la de falta de legitimación en la causa para demandar y otras que tenían relación con la motivación, notificaciones, recursos, y ejecución del acto, pero no fueron tenidas en cuenta por el juez de primera instancia.

5. LOS ELEMENTOS JURIDICOS: EL CONTENIDO DE LA DECISION

El juez de primera instancia decidió anular la Resolución 877 de 1985, por considerar que se violaban los artículos 73 y 74, al no tener en cuenta el consentimiento expreso y escrito del titular del permiso, y ordenó restablecer el derecho lesionado y condenó al municipio de Bucaramanga en abstracto, a pagar los perjuicios causados por el cierre del establecimiento.

El juez de primera instancia se planteó los siguientes problemas jurídicos:

1°. Es nulo el acto administrativo que revoca directamente otro acto sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular de la situación jurídica particular y concreta creada por éste?

TESIS: Sí.

FUENTE: artículos 73 y 74 del Decreto 01 de 1984.

METODO: Exegético.

TECNICA: tenor literal.

2o. Está obligada la Administración a reparar los daños que cause con la revocación del acto administrativo?

TESIS: Sí

FUENTE: principio general del derecho. No fue citado.

METODO: exégesis

TECNICA: semántica

3o. Es válido restablecer la situación jurídica infringida por un acto administrativo que ha sido declarado nulo?

TESIS: Sí

FUENTE: Constitución Nacional artículo 216 y artículo 85 Decreto 01 de 1984.

METODO: exégesis

TECNICA: tenor literal

El significado de la decisión respecto del caso concreto:

El juez de primera instancia, obró motivado más por razones procesales que de carácter sustantivo. Estuvo más a la forma que al fondo del acto administrativo, por ellos despreció argumentos que lo orientaban sobre la naturaleza y efectos del acto que tuvo como objeto de decisión. Cometió el error de dar el carácter de regla total al artículo 73 del Decreto 01 de 1984, cuando es una regla general que admite excepciones. Igualmente, en materia sustantiva omitió tratar con argumentos temas o instituciones que corresponden a la constitución social y que están reglamentados en la constitución jurídica como el orden público y el interés social.

NUESTRA CRITICA

Pensamos que la jurisprudencia no debe quedarse en la mera interpretación literal del material jurídico que tiene como objeto de estudio. Debiera tomar los caminos del análisis, la ponderación de argumentos y la verificación y consistencia con el sistema y siempre con el objeto de encontrar el derecho aplicable a una cuestión jurídica sometida a su consideración.

Si entendemos que el objeto de la jurisprudencia es la reformulación del derecho positivo de un Estado, es decir la fundamentación o prescripción de la acción política gubernamental; lejos de lograr ese objetivo están los jueces que poco utilizan las reglas de inferencia, desconocen los presupuestos fundamentales y carecen de concepciones fundamentales del derecho como introductor de orden en la comunidad y orden en la jurisprudencia.

6. EL ANALISIS DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS

Los elementos objetivos de la decisión.

El problema jurídico planteado por el Consejo de Estado fue el siguiente:

ES NULO EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE POR CIRCUNSTANCIAS SOBREVINIENTES E INCOMPATIBLES CON EL INTERES PUBLICO, REVOCA O CANCELA DIRECTAMENTE O POR PETICION, OTRO ACTO ADMINISTRATIVO SIN EL CONSENTIMIENTO EXPRESO Y ESCRITO DEL RESPECTIVO TITULAR DE UNA SITUACION JURIDICA, PARTICULAR Y CONCRETA O DE UN DERECHO CREADO POR ESTE EN CIRCUNSTANCIAS ANTERIORES COMPATIBLES CON EL INTERES PUBLICO?

TESIS: No.

FUENTE: Artículo 1o. del Decreto legislativo 28 de 1906.

Artículo 27 del Decreto 1986 de 1927.

Artículo 98 numeral 42 del Código de Régimen Político y Municipal, reproducido por el artículo 62, numeral 18 del Decreto 1222 de 1986, artículo 73 Decreto 01 de 1984, Decreto Municipal 234 de 1985.

LA INSTITUCION: Interés general como base del orden público en sus aspectos integrantes: tranquilidad, seguridad, salubridad y moralidad públicas.

El anterior problema resulta simplificado, junto a otros, también planteados por el Consejo de Estado:

1o. El permiso para el funcionamiento de juegos crea una situación jurídica de carácter particular, concreta y definitiva?

TESIS: No.

FUENTE: Decreto 1355 de 1970 artículos 14, 16, 17 y 18.

METODO: Finalista.

2o. Es nulo el acto administrativo que no se notifica?

TESIS: No

FUENTE: artículo 84 Decreto 01 de 1984

METODO: Exegético

TECNICA: Principios lógicos: donde la ley no distingue el intérprete, no lo debe hacer.

3o. Las asambleas departamentales tienen competencia para clasificar o no en cada caso concreto, si un juego es de suerte y azar?

TESIS: Sí

FUENTE: Decreto ley 1222 de 1986 artículo 62 numeral 18

METODO: Exegético

TECNICA: Principio lógico: ad Maiori ad minus.

4o. El acto administrativo que concede un permiso de funcionamiento es intransferible?

TESIS: No

FUENTE: Código Nacional de Policía, artículo 16.

METODO: Exegético.

EL SIGNIFICADO DE LA DECISION DEL CONSEJO DE ESTADO

Son concepciones fundamentales de la jurisprudencia entender que el derecho tiene sus virtudes y a la vez es un ordenador en la comunidad. El presupuesto fundamental es entender que a la base de todo orden se encuentra el interés general de la sociedad, el que ya expresado se explica como el conjunto de ideas políticas morales, económicas y religiosas a las cuales una sociedad liga su existencia y su seguridad. En desarrollo de esta concepción el Consejo dio importancia prevalente al orden social e institucional como reflejo del querer de la Organización; es por esto que al fundamentar su decisión las premisas son la consideración de las circunstancias que dieron origen al permiso y las posteriores que lo convirtieron en prohibido, entendiendo que el orden público es flexible a las circunstancias de tiempo y a las necesidades de la sociedad, construyó las instituciones de la revocatoria directa y de la cancelación diferenciando la segunda de la primera en las causas sobrevinientes.

Igualmente, respetó el principio de la presunción de legalidad en aras de la misma legalidad y así mismo, estableció claras orientaciones sobre qué debe entenderse por el contenido del acto y qué debe considerarse como aspectos extrínsecos al mismo, en lo que hace referencia a las notificaciones y motivaciones.

ANALISIS DE LA TESIS

El Tribunal de segunda instancia parte de presupuestos como la normatividad o la practicidad del derecho; es decir, el derecho es un conjunto de normas y un cuerpo ordenado cuya característica esencial es ser exhaustivo y consistente. Este concepto es importante porque la norma jurídica contiene un dato jurídico, una construcción de una solución formulada técnicamente conforme a una idea de justicia, dada por el legislador a un problema histórico, concreto, a un comportamiento humano. En este caso, tanto el interés general fundamento del orden público, y las libertades y los derechos requieren de unos principios de creación jurídica del sistema y una técnica de su garantía que son los actos administrativos. Esa técnica es elaborada a partir de un método dialéctica que combina la inducción y la deducción; de manera que al interpretarse la norma jurídica las reglas de inferencia totales son inusuales y las reglas generales admiten excepciones, he ahí la razón por la cual el Consejo de Estado distingue entre actos administrativos precarios y definitivos, especies que tienen cabida en la hipótesis enunciativa del artículo 73 del C.C.A., los segundos, porque actualizan la norma y los primeros, porque constituyen la excepción.