



**FACULTAD
DE
DERECHO**



T E M A S

SOCIO-JURIDICOS



TEMAS SOCIO-JURIDICOS

Rector
Decano
Secretaria Académica

GABRIEL BURGOS MANTILLA
RODOLFO MANTILLA JACOME
MARGARITA ROSA BARRERA GARCIA

Coordinadores

IVAN SANTOS BALLESTEROS
JORGE EDUARDO LAMO GOMEZ
ALBERTO SUAREZ SANCHEZ
JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
LAUREANO GOMEZ SERRANO
JORGE ENRIQUE PRADILLA ARDILA
LEONOR ORTIZ DE CADENA

CONTENIDO

PRESENTACION

PAG.

AREA DE DERECHO PUBLICO

LOS PICOS DE ORO: DE LA ILEGALIDAD AL PODER LOCAL

1

DERECHO ESPAÑOL E INDIANO

11

Condición de los indios

13

Reglamentación para las ciudades

13

Propiedad de la tierra

14

La tributación colonial

15

AREA DE DERECHO PRIVADO

LA CONVERSION DEL NEGOCIO JURIDICO Y LOS TITULOS-VALORES

21

1. El Formalismo de los títulos-valores y su inobservancia

21

2. La ley colombiana y la naturaleza jurídica de los Títulos-valores

23

3. Función constitutiva de los Títulos-valores

24

4. El principio de la literalidad

24

5. Los Títulos-valores con espacios en blanco y sin llenar

25

6. Las letras de cambio a cargo del mismo girador

26

7. Los Títulos-valores y el negocio causal

27

8. La obligación cambiaria y la obligación causal

28

9. La conversión del negocio jurídico y los Títulos-valores

28

10. Las nuevas concepciones sobre Títulos-valores

34

EL COBRO DE LA CLAUSULA PENAL POR LA VIA EJECUTIVA	35
El problema	35
Fundamentos básicos	35
El criterio propuesto	36
Summa	38
AREA DE DERECHO PENAL	
VIOLENCIA, CRIMINALIDAD, POLITICA CRIMINAL	41
EL DERECHO DE IGUALDAD EN MATERIA PENAL	45
1. Introducción	45
2. Del estado demoliberal al estado social de derecho	45
3. La noción del principio fundamental	48
4. El derecho de la igualdad	51
5. El principio de la igualdad en Colombia	53
5.1 Formas del derecho de la igualdad	54
5.1.1 La igualdad formal	54
5.1.2 La igualdad material	56
6. Igualdad y derecho penal	57
6.1 El principio de la igualdad en el derecho sustantivo	57
6.1.1 El principio de la igualdad ante la pena	57
6.1.2 El principio de la igualdad ante la teoría del delito.	62
6.2 El principio de la igualdad en el procedimiento penal	68
7. Reflexiones finales	71
LA PROHIBICION DE ENAJENAR Y EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN MATERIA PENAL -UN CASO PRACTICO-	73
Introducción	73

Ref: Proceso contra A.R.S. por el delito de homicidio agravado	74
Primero: Presentación del problema	74
Segundo: Restablecimiento del derecho y cuestiones extrapenales	76
Tercero: Implicaciones de la decisión que se abstuvo de resolver las cuestiones extrapenales	77
Cuarto: Petición concreta	79

AREA DERECHO PROCESAL

ETICA, ESTETICA Y PRESENCIA DEL JURISPERITO. CAPITULO II	84
Una manera sobria y respetuosa de obrar	84

AREA DERECHO INTERNACIONAL

BOLIVIA HACIA LA RECUPERACION DE SU CUALIDAD MARITIMA	89
EL CLUB DE ROMA	96
INICIATIVA BUSH Y EL ACUERDO NAFTA. RETO PARA COLOMBIA	105
1. Una zona hemisférica de libre comercio	105
2. Inversión extranjera	105
3. Manejo de la deuda	106
Nafta	106
Colombia	106

Presentación

ESPECIALIZACION EN DERECHO EMPRESARIAL

La Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, inicia a partir de julio del presente año su especialización en Derecho Empresarial.

Varios aspectos merecen ser apreciados en torno a este programa de estudios de posgrado. En primer término debe resaltarse que esta especialización es la primera que ofrece la facultad como un producto propio, diseñada y organizada por su Departamento de Derecho Económico que es dirigido por el doctor Jorge Humberto Galvis Cote, quien ostenta una brillante carrera como abogado y economista con estudios en la Universidad Javeriana y en los Estados Unidos.

Si bien el posgrado se ofrece directamente por la facultad y es de exclusiva responsabilidad de la Universidad Autónoma, como docentes va a contar con la valiosísima participación de importantes profesores de diferentes universidades del país con lo cual se garantiza su altísimo nivel académico.

El posgrado está dirigido a Economistas, Ingenieros Industriales, Administradores de Empresas, Contadores y Abogados que se desempeñen en el específico campo de la asesoría empresarial y busca adiestrarlos en el diagnóstico y solución de los problemas jurídicos de la empresa.

La Facultad de Derecho presenta con satisfacción esta nueva especialización en Derecho Empresarial que le permite responder oportunamente a las necesidades del sector económico de la región en esta época de apertura y de cambios.

FACULTAD
DE
DERECHO

A

REA DE DERECHO PUBLICO

T E M A S
SOCIO-JURIDICOS

LOS PICO DE ORO: DE LA ILEGALIDAD AL PODER LOCAL

ORLANDO PARDO MARTINEZ¹

En la conciencia histórica de la ciudad se recuerdan los hechos acaecidos los días 7 y 8 de septiembre de 1879, conocidos como los "Sucesos de Bucaramanga", cuando se produjo un motín en el marco de las elecciones para cabildantes, representantes al Congreso, diputados y para presidente de la Unión -E.E.U.U. de Colombia-. Dicho motín produjo numerosos crímenes o delitos: homicidios, maltratos, heridas, hurtos y daños; también consecuencias de orden político, económico y social, dado el número de participantes, la naturaleza de las víctimas y los diversos intereses en juego de los implicados. Fue atribuída la responsabilidad total en manos del poder ejecutivo local, en cabeza del Alcalde Pedro José Collazos Puyana y sus respectivos funcionarios: Secretarios, comisarios y fuerza pública, así como de sus adherentes o simpatizantes - En número superior a 100. El hecho de estar comprometida la autoridad local le restó credibilidad al gobierno del entonces presidente del Estado Soberano de Santander Solón Wilches -pues comenzó a ser atacado a nivel nacional, entre otros por Núñez- toda vez que él había nombrado a Pedro Rodríguez Esteban como jefe del Departamento de Soto -siendo calificado tal nombramiento como desacertado por la élite bumanguesa- Rodríguez así mismo nombró como Alcalde a Pedro José Collazos Puyana persona malquerida por el mismo grupo social, quien con su poder nominador ubicó en los cargos administrativos a sus seguidores.

En la noche de día de elecciones -7 de septiembre- es muerto Obdulio Estévez, acomodado comerciante y antiguo Jefe Militar de las Fuerzas Conservadoras de la Confederación que lucharon contra el Estado en 1860. Estévez es muerto de un disparo por la espalda mientras atravesaba el atrio de la iglesia en busca de alimento para su cabalgadura; el crimen es atribuído a Juan de la Cruz Delgado Ruilova -Director de la Cárcel Municipal-.

En la misma noche se celebraba una fiesta al parecer financiada por el Jefe departamental, donde se libaba por el triunfo en los escrutinios y según declaraciones se sacaba una lista de miembros de la élite local para ser sacrificados, entre quienes figuraban: José María Valenzuela, Alberto Fritsch, Tobías Valenzuela, Mariano Tobar, David Puyana, Eleuterio Rueda, Cayetano González, Santiago Samper y Adolfo Harker, entre otros. Al día siguiente -8 de septiembre- se llevó a cabo el sepelio -muy concurrido- y estando en plena homilía en la iglesia de San Laureano mientras se celebraba la ceremonia fúnebre de Estévez, se armó una trifulca dentro del claustro al parecer tras un intento de atentado contra José María Valenzuela quien al tratar de defenderse se

1. Universidad Industrial de Santander. "Investigador CDIHR". Ponencia presentada en el VIII Congreso Nacional de Historia de Colombia, Bucaramanga 17-20 Nov/92.

hiere con su revólver, el señalado agresor, Cecilio Sánchez -un alguacil- es herido mortalmente, iniciándose en consecuencia un enfrentamiento callejero auspiciado tras las medidas adoptadas por el Alcalde Collazos para dar captura a los responsables de las heridas a su subalterno; en el desarrollo y ejecución de las mismas se adhiere la turba, cometiéndose innumerables atropellos: allanamientos, maltratos, daños y la muerte de miembros de la élite social y económica de la ciudad, -Luis Eduardo Mutis, Cristian Goelkel y Hermann Hederich- igualmente se causan hurtos, heridas y daños en bienes de Samuel Gómez Pradilla, Ernesto Müller, Nepomuceno Toscano, Luisa Valenzuela de Müller, Rafael Ariza y Guillermo Jones entre otros.

Originándose en consecuencia una contienda, la cual es apaciguada con la formación de una Fuerza Civil financiada y patrocinada por los miembros de la alta sociedad -David Puyana, Geo Von Lenguerke², Domnino Castro, Vicente Uscátegui, Tobías Bretón, Julio Ogliastrri- y con la llegada de Tropa de Pamplona, y de Autoridades superiores.

El 11 de septiembre llega el presidente de Estado -Solón Wilches- quien ante la presión cambia al jefe departamental nombrando un pariente suyo -Marco Aurelio Wilches- y para Alcalde se designa a Benito Picón; al mismo tiempo se inicia la investigación dando inicio a los procesos judiciales pertinentes contra el jefe departamental, el Alcalde, el Alcaide y demás funcionarios y particulares vinculados con los aciagos sucesos.

El hecho de haber muerto dos extranjeros -Goelkel y Hederich- con legación permanente en Bucaramanga, súbditos del restablecido Imperio Alemán, produjo complicaciones diplomáticas, pues la acción fue imputada a funcionarios del Estado Soberano de Santander con lo que dio pie a solicitar un desagravio oficial de Estado a Estado³, el cual se tramitó con toda la rigurosidad y pompa necesaria -izada de pabellones respectivos, himnos y cañonazos, siendo menester traer para la ocasión un cañón de la capital del Estado - Socorro - puesto que en la ciudad no lo había-, así como la consabida indemnización pecuniaria a las familias de las víctimas.

La crónica de la época señala como responsable de tales incidentes a una "Sociedad o Compañía de gentes de malos antecedentes y costumbres libertinas..."⁴ denominada "La Culebra Pico de Oro". Los posteriores trabajos⁵ afirman que se trataba de una

2. Lenguerke con 70 hombres, los cuales trabajaban en el de Botijas capturaron a 24 de los implicados. A.N.C. Gob. Varias. T. 31 F.49-50.

3. Transcripciones completas del trámite y Protocolo final firmado para dar término al incidente entre los dos Estados en "La Culebra Pico de Oro" de Mario Acevedo Díaz. Bogotá: Colcultura, 1978. P. 88-92.

4. GARCIA, José Joaquín. Crónicas de Bucaramanga por Arturo. Bogotá: Banco de la República, 1982. P. 252.

5. Prácticamente toda la histografía encontrada se refiere a dicha asociación con esa denominación.

sociedad democrática llamada de esa forma "Culebra Pico de Oro", estudios basados en los escritos de la época y en piezas encontradas como partes del juicio seguido a los implicados, señalan como jefe de la misma a Pedro José Collazos Puyana, también determina que fueron juzgados en San Gil, pero nada más aparte de la crónica narrada, pues la fuente principal se encontraba extraviada.

La obra que más se aproxima -pese a tener el nombre de la investigada sociedad- en su mayor parte transcribe literalmente la parte instructiva o primera del sumario, desconociéndose por lo tanto el resultado del juicio. La misma relata lo sucedido en 1879 y los antecedentes de las sociedades democráticas a nivel nacional y el panorama social de la época⁶.

Surgen en consecuencia varios interrogantes, los cuales son motivo de mi investigación: ¿Era una sociedad democrática o una cuadrilla de malhechores? ¿Cuándo y cómo se inició? ¿Quiénes la integraban? ¿Por qué se le conoce con el nombre de "Culebra Pico de Oro"? ¿Ese fue su nombre? ¿Cuál fue su desarrollo, modus operandi y duración?, y quizá el más importante ¿cuál fue su proyecto político e ideológico?; también surgen interrogantes sobre el trámite seguido al juicio, en Bucaramanga, San Gil y Socorro, ¿por qué se trató de ocultar y se dio por perdido? ¿Cómo fue el desarrollo del mismo?

Estas y otras cuestiones surgieron al analizar la información existente sobre el particular. Me limitaré a presentar un avance sobre el estado de la investigación y sobre las fuentes documentales utilizadas.

Dentro del Macroproyecto iniciado por el CDIHR-UIS para la recuperación de fuentes históricas para el estudio regional, me correspondió iniciar y coordinar un equipo para recuperar, inventariar, clasificar, catalogar e indexar expedientes judiciales del siglo XIX de esta ciudad, en esta ardua labor fueron apareciendo cuadernos dispersos del expediente contra la sociedad, hasta lograr su recuperación. Así mismo aparecieron procesos civiles y criminales -penales- anteriores a 1879, juicios contra y entre personas de todos los sectores de la sociedad bumanguesa que se vieron involucrados en el conflicto, los cuales constituyen la fuente primaria básica para determinar que no se trató de un hecho coyuntural del año 79 -como lo afirmaron algunos-, pues estos juicios dan cuenta de la problemática social cotidiana de la región a partir de su expansión económica, iniciada durante las primeras décadas de la segunda mitad del siglo XIX, conflictos económicos y sociales que terminaban aparentemente en los estrados judiciales.

Bucaramanga era llamada a ser el centro de acopio y distribución de mercancías importadas, la apertura económica -puesta en práctica por el radicalismo- trajo consigo

6. ACEVEDO DIAZ, Mario. La Culebra Pico de Oro. Bogotá: Colcultura, 1978. P. 258.

una fuerte inmigración europea ⁷ hacia el interior del Estado -estableciendo casas comerciales en la ciudad-, lo cual consolidó aún más la mentalidad librecambista, al mismo tiempo que generaba un cambio en los hábitos de consumo de los habitantes, pese a la resistencia de las Sociedades Democráticas.

En la ciudad se fue consolidando una marcada diferenciación social, tras la inserción de modos de vida y hábitos de consumo nuevos, lo cual produjo una ruptura social, entre un sector "moderno" que comprendía familias acomodadas de liberales y conservadores, de grandes propietarios y comerciantes, agrupados en el primer club social -Club de Soto-⁸, conformando una élite social y económica, la cual era favorecida por la política económica imperante; este grupo social contrastaba con el sector "tradicional", una masa híbrida de campesinos recién urbanizados, artesanos y pequeños comerciantes, que creían en la fuerza de las Sociedades Democráticas, no sólo como organizaciones gremiales del artesanado, sino como instrumentos de acción política de las nacientes clases medias de pequeños propietarios y comerciantes, que se unían con el artesanado con fines políticos, so pretexto de instruir en oficios, pregonar la libertad y las buenas costumbres; sin desconocer desde luego la conciencia que adquirirían a través de la asociación, la que les daba a su vez fuerza y mayor lucidez sobre sus intereses ⁹. Rápidamente se centró el conflicto por la toma del poder legislativo y burocrático, el cual respaldaría sus respectivos intereses.

LOS PICO DE ORO

Como resultado de esa ruptura social se formó a mediados de 1869 una sociedad Democrática autodenominada por sus miembros "Los Pico de Oro" liderada por el joven Pedro José Collazos Puyana, hijo del general liberal Martiniano Collazos -quien fuera amigo personal de Mosquera-¹⁰ y de Celmira Puyana -hermana del obispo Elías Puyana.

La asociación recogió las ideas de las democráticas fundadas a partir de 1858 ¹¹, habiendo algunos de sus miembros participado en motines anteriores ¹². Esta se conformaba por personas de diferentes condiciones sociales y económicas: artesanos,

7. RODRIGUEZ PLATA, Horacio. La inmigración alemana al Estado Soberano de Santander en el siglo XX. Bucaramanga: Imprenta Departamental, 1989. P. 273.

8. Al fundarse en 1873 determinó como uno de sus objetivos "... para estrechar las relaciones sociales y ventilar los intereses comerciales..." en Crónicas de Bucaramanga. O.C. P. 271.

9. JARAMILLO URIBE, Jaime. "Las Sociedades Democráticas de Artesanos y la Coyuntura Política y Social Colombiana de 1848". EN: Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura, número 8.

10. CAMARGO MARTINEZ, Ernesto. Nuevas Crónicas de B/manga. Bucaramanga: Academia de Historia, 1986. P. 31.

11. AHUIS. Fondo Judicial Penal, 2.0.70, f.37.

12. AHUIS. F.J.P. 2.0.65.

pequeños comerciantes y propietarios, tinterillos, en fin gente ilustrada y analfabeta. Que tenía un claro objetivo político, para lo cual iniciaron la resistencia al cambio, mediante diferentes y variadas acciones -legales e ilegales- que en algunos casos eran realizadas inconscientemente. Dicho objetivo se saca de testimonios de sus propios detractores: "... desde principios de mayo del presente año -1869- se organizó en esta ciudad una sociedad con fines eleccionarios..."¹³, otro declarante dice "... sabe y le consta que en el mes de Junio... se levantó en esta ciudad una partida de malhechores, compuesta por Pedro José Collazos, su jefe, Ruperto Serrano Reyes... y otros... apoyados en la inmunidad de que gozaban ya por la negligencia de las autoridades, ya por el miedo que infunden... la pandilla ejerció coacción sobre los electores con armas para que votaran por la lista que ellos le dieron...le consta que Ruperto Serrano manifestó en Girón que él era segundo jefe de la cuadrilla que se había organizado en Bucaramanga con el nombre de "Pico de Oro", amenazando llevarla allí..."¹⁴, otro testimonio afirma "... es cierto a principios del mes de Julio... organizados en cuadrilla... que ellos llamaban "Los Pico de Oro", son los que pasa a expresar..."¹⁵, igualmente otro asevera "... es cierto que Pedro José Collazos... i demás de la pandilla denominada en esta ciudad "Pico de Oro" le hicieron firmar... documento pidiendo la remoción del alcalde..."¹⁶, otra afirma "... i demás de la pandilla que esta ciudad había nominado "Pico de Oro" le hicieron firmar una representación..."¹⁷. Por otra parte declaraciones de sus miembros y simpatizantes lo confirman: "... ha oído decir, por la voz general de todos, que desde fines de Julio que existe la dicha cuadrilla... que sabe que se denominaba "Los Pico de Oro", porque los oía llamarse mutuamente con esa designación" ¹⁸ otro testigo asegura "Es cierto que el declarante escribió afirmando que se habían alterado las declaraciones contra los "Pico de Oro"... ¹⁹.

Como podemos observar en 1869 entra a operar ya con designación y objetivos definidos. Su nombre surge del mote "Pico de Oro" ²⁰, que tenía un miembro analfabeto -Félix Rangel- de una cuadrilla radical de Girón que organizó hostigamientos contra los intentos de formar sociedades conservadoras en 1865, a esa asociación se le inició juicio por asonada en el mismo municipio, y entre los integrantes figura Antonino Navarro ²¹, veterano miembro ulterior de "Los Pico de Oro", quien aparecería diez y siete años después condenado en San Gil junto a los demás septembristas del 79 ²², Navarro también aparece declarando a favor de elementos de la Asociación en juicios anteriores a 1879 ²³.

13. AHUIS. F.J.P. 2.0.70, f.23v.

14. AHUIS. F.J.P. 2.0.70, f.34v. -36v.

15. AHUIS. F.J.P. 2.0.70, f.60v. -62.

16. AHUIS. F.J.P. 2.0.70, f.67.

17. AHUIS. F.J.P. 2.0.70, f.67v. -68

18. AHUIS. F.J.P. 2.0.70, f.38v.

19. AHUIS. F.J.P. 2.0.70, f.105v. -106v.

20. AHUIS. F.J.P. 2.0.65, f.2,3v,11v,37 y 90

21. AHUIS. F.J.P. 2.0.65, f.129.

22. AHUIS. F.J.P. P.

23. AHUIS. F.J.P. 2.0.47, f.74-75 y P.

El adjetivo "La Culebra", fue puesto por sus enemigos y detractores al considerarlos una carga o amenaza para la sociedad, como también quizá por el modo de operar, ya que saboteaban fiestas, reuniones y fácilmente iban a las manos, pues a varios de sus integrantes se les conocía por su agresividad. J.J. García los "macartiza" en sus crónicas "Esa asociación se denominaba La Culebra Pico de Oro..."²⁴, no hay que desconocer que García formaba parte de la élite, fue su enemigo político, testigo en los juicios contra ellos y su cronista, en ésta deja bien clara su posición frente a la Asociación.

Su designación tampoco se trató de un nombre "mitológico y pintoresco" que la sociedad había tomado como lo afirma Mario Acevedo Díaz en su obra ²⁵, sino un epíteto peyorativo -La culebra- puesto al nombre original -Los Pico de Oro- dado por sus fundadores.

La Asociación conformada inicialmente por más de 20, se le fueron adhiriendo simpatizantes, que de alguna y otra forma veían en ella reivindicaciones sociales o porque tenía cierto respaldo para cometer incluso delitos contra la alta sociedad.

Legalmente se encontraba respaldada por la Constitución y las leyes del Estado Soberano que permitía una muy amplia libertad de asociación, también por algunos elementos que los respaldaban secretamente desde sus puestos u oficios.

Se trataba entonces del inicio de una resistencia hacia la implantación de una "nueva sociedad" que social y económicamente los golpeaba, pues aparte de ser excluyente les variaba su intercambio de productos autóctonos -su mercado y modo de vida tradicional-, ya que la ciudad exigía un cambio de nivel de vida a raíz del naciente cosmopolitismo. A su vez la élite mantenía una convergencia de intereses económicos pues la política librecambista los beneficiaba y en el campo político no se enfrentaban directamente en la práctica; si lo hacían, era a través de sus "fichas" por ubicación en los cargos burocráticos, pues ningún miembro de la alta sociedad aspiraba a ellos, sólo pretendían y figuraban en los puestos legislativos, que eran los clave para votar decisiones a su favor. Se puede afirmar en consecuencia que se perfiló una comprensión de intereses a todos los niveles, dentro de la élite, al mantener ésta un juego político con reglas definidas, las que les aseguraría el poder. Cuando "Los Pico de Oro" iniciaron su arremetida contra ese "acuerdo de élite", a través de diferentes formas: accediendo e infiltrándose en cargos administrativos, saboteos a reuniones sociales y del cabildo, a través de pleitos civiles -se han encontrado numerosos juicios civiles que dan cuenta de la agitada vida judicial, tras ejecuciones por préstamos e hipotecas, contratos, etc., iniciados por comerciantes ²⁶, también mediante conductas delictuales iniciadas a motu proprio por integrantes o simpatizantes, y desde luego por medio de la acción política.

24. GARCIA J.J. O.C. P. 252.

25. ACEVEDO DIAZ M. O.C. P. 29.

26. AHUIS Fondo Judicial Civil. Los cuales son materia de estudio.

Es así como Collazos Puyana y socios el 2 de septiembre de 1869 solicita formalmente al jefe departamental de Soto la remoción del Alcalde afirmando que este "...no prestándonos completas garantías el ciudadano que ejerce la Alcaldía, esperamos que vos, impartiendo debidamente justicia nombréis para ese puesto a un ciudadano que sea el fiel ejecutor de la lei al mismo tiempo que el que garantice a todos los derechos que somos acreedores". ²⁷. Esta misiva es firmada por cincuenta y siete personas, y como era de esperarse, fue denegada aduciendo que no encontró motivo alguno que fundara la remoción, al mismo tiempo que preparaba una persecución contra ellos. Es así como el 6 de septiembre -4 días después de recibir la solicitud de remoción del Alcalde- les inicia una investigación, acusándolos de ser una cuadrilla de malhechores que habían cometido heridas, robos, incendio, castramientos, rebelión, sedición, 18 forzamientos -violaciones- y otros delitos ²⁸.

El sumario lo inician el mismo Jefe Departamental junto con el Alcalde, en la instrucción del proceso son ellos testigos y funcionarios que elaboraban y recepcionaban las pruebas pertinentes, junto con sus subalternos: secretarios, demás funcionarios y comisarios, además de los particulares aparentemente afectados. Previendo que el trámite se les complicara el Jefe Departamental emite un auto ordenando el cambio de radicación del proceso, aduce para ello que "... la cárcel del circuito de Bucaramanga no es suficientemente espaciosa ni presta la seguridad,... para el juzgamiento y castigo... no será fácil sortear el número de jueces... para formar jurados imparciales... remitase el proceso y los sindicados al circuito del Socorro" ²⁹. Lo que da claridad del temor de las autoridades a una respuesta popular frente a un sumario instruido irregularmente, cosa fácilmente percibida por otros miembros de "Los Pico de Oro" que no fueron involucrados y por consiguiente no trasladados al Socorro, quienes pusieron al tanto sobre la forma ilícita en la recepción de testimonios en su contra, ante lo cual los procesados en el Socorro entablaron denuncia ante el procurador General del Estado por Falsedad y Prevaricato por parte de los funcionarios instructores que recepcionaban las pruebas en su contra, ya que según ellos por desafectos, odio, abusando de sus funciones y mediante coacción, consejos y halagos incurrieron en imputarles aquellos delitos, afirmando que "...a falta de valor para hacernos caer bajo el puñal que acabó con la vida del señor Fermín Hernández ocurren a fraguar sumarios..."³⁰.

Iniciándose por lo tanto una nueva recepción de pruebas, así como nuevos testimonios sobre la forma del levantamiento del expediente.

Existe una declaración que ilustra el conflicto real y judicial que se vivía "El declarante cree que había disposición no sólo para falsificar sumarios y sacrificar a los ciudada-

27. AHUIS. F.J.P, 2.0.65, f.49-49v.

28. AHUIS. F.J.P, 2.0.70, f.84-85v.

29. AHUIS. F.J.P, 2.0.70, f.55.

30. AHUIS. F.J.P, 2.0.70, f.84-85v.

nos que figuraban en la cuadrilla titulada "Pico de Oro", sino para eliminarlos de cualquier manera de la escena social y política en que figuraban entonces" ³¹.

Al final todos los funcionarios fueron sobreesidos porque procesalmente hubo prueba semi-plena la cual no era suficiente, además por estar prescrita la acción judicial ³², pese a que las pruebas testimoniales que se repitieron con las "víctimas confirmaron la denuncia de "Los Pico de Oro", una de esas afirmó que "... Serrano secretario de la jefatura departamental... le dijo a la exponente... ya sabe usted la han forzado -violados individuos que componen la cuadrilla... declare usted contra esos pícaros, diga que estropearon sus niños, que la forzaron porque es necesario salir de esos bribones a todo trance" ³³. Otro testimonio repetido aseveró "No es cierto que la hubieran forzado, es por invención de los desocupados... para atribuirles este i otros delitos" ³⁴

El sumario seguido contra ellos, por lo tanto no prosperó, aunque también porque el expediente iniciado e instruido en Bucaramanga se extravió o fue incinerado, siendo exonerado de esto el Secretario del Juzgado Superior, quien sería el futuro jefe departamental Pedro Rodríguez Esteban ³⁵.

Durante más de diez años 1865-1879 se suceden numerosos juicios civiles y criminales entre los elementos en pugna, puesto que si no se les podía derrotar políticamente, se intentaba acabar su credibilidad social a través de denuncias criminales, muchas de las cuales eran complotadas.

Una providencia de 1869 por abuso de confianza, contra un miembro de la Democrática -quien era arriero de una casa comercial- muestra la situación que enfrentaba el gremio de los grandes mercaderes: "... Está pues probado a no dejar duda que se ha cometido un delito de tanta mayor trascendencia cuanto que no solamente afecta los intereses de la casa de comercio de los señores Cáceres Hermanos, sí los de este departamento, cuya creciente prosperidad puede recibir un golpe mortal por la desconfianza que infunde en el extranjero la que traería consigo la decadencia en aquellos mercados de este importante ramo de industria y exportación..." ³⁶.

Estando definida su situación "El comercio de esta ciudad obtuvo del gobierno la permanencia de un piquete de la fuerza pública para que prestase mano fuerte a las

autoridades..." ³⁷, cuya financiación corría por cuenta del mismo sector gremial ³⁸.

Cotejadas las listas de enjuiciados del proceso iniciado contra ellos en 1869, con el de 1879 y con la sentencia de 1883 ³⁹, siete nombres son constantes y corresponden a sus líderes o cabecillas ⁴⁰. Lo cual nos muestra que hubo permanencia de sus integrantes en dicha empresa, pues no es plausible afirmar que sólo se trató de una "cuadrilla de malhechores", que se mantendría unida por más de una década sin tener ideario político, toda vez que sus integrantes participaron activamente en política, aspiraron y accedieron a cargos públicos, al mismo tiempo que tuvieron amplio y fuerte respaldo popular.

Los Pico de Oro fueron ascendiendo al poder en un ambiente de legalidad e ilicitud, respaldados por personajes muchas veces "invisibles" de la sociedad, en la medida que apoyaban discreta o subrepticamente su proyecto, como en el caso de Pedro Rodríguez Esteban, quien se inicia a principios de la década de 1860, en la vida pública como escribiente de un juzgado y llega a ser jefe departamental en 1879; el aparecer en muchas situaciones en calidad de funcionario judicial en causas contra elementos de la Democrática, pero nunca se le comprobó imparcialidad, su inclinación afloraría cuando a los quince días de haberse posesionado como jefe del Departamento nombra como Alcalde de Bucaramanga al jefe de "Los Pico de Oro", el que a su vez integraría con sus socios la nómina burocrática. Los cuales una vez en el poder perfilaron el bloqueo al proyecto económico inmediato del comercio, que no era otro que la construcción del camino al Sogamoso mediante una gran inversión, para lo cual habían creado una sociedad -junta de caminos- ⁴¹, cuyo aval lo definiría el cabildo a elegirse en septiembre de 1879.

En síntesis podemos afirmar que:

- Los antecedentes a los sucesos de 7 y 8 de septiembre de 1879, nos muestran la compleja situación que vivía la ciudad y la región, frente a una problemática social generada por una política de plena apertura económica y social.

- El panorama local constituye y resalta un verdadero proceso de interdependencia entre las condiciones de dominación y las condiciones de resistencia, que coexistían entre diferentes grupos sociales, en el que uno de ellos se niega a desaparecer históricamente, que no se subordina pasivamente ante el avance de los nuevos modelos de organización social a implantar.

31. AHUIS. F.J.P, 2.0.70, f.105-106.

32. AHUIS. F.J.P, 2.0.70, f.112v.

33. AHUIS. F.J.P, 2.0.70, f.5-5v.

34. AHUIS. F.J.P, 2.0.70, f.9-9v.

35. AHUIS. F.J.P, 2.0.35, f-17-17v.

36. AHUIS. F.J.P, 2.0.42, f.42v-45v.

37. AHUIS. F.J.P, 2.0.47, f.66.

38. GARCIA, J.J. O.C, P. 257.

39. Procesalmente el juicio termina en 1892 cuando se ordena su archivo.

40. La lista está compuesta por: Pedro José Collazos Puyana, Juan de la Cruz Delgado Rujilova, Norberto Liscano, Pedro Martínez Romero, Juan Bautista Parra, Eusebio Téllez y Eusebio Valenzuela.

41. JOHNSON, David Church. Santander. Siglo XIX-Cambios Socioeconómicos- Bogotá: Carlos Valencia, 1984. P. 281.

Así mismo se demuestra que los sucesos del 79, no fueron producto de un hecho coyuntural, sino de un complejo proceso político y social, iniciado varios años antes por un sector social emergente que adquiriría conciencia de su potencial poderío político, el que sería truncado al iniciarse en su contra el juicio de responsabilidad, que se constituiría en el proceso penal más grande y relevante del siglo XIX llevado en Santander, el cual es materia de mi investigación.

Igualmente se precisa que la élite local permaneció siempre unida, puesto que no tuvo divergencia de intereses económicos y sociales. Dicha armonía o acuerdo duraría quizá hasta que sobreviniera la guerra de los mil días.

DR. ALFONSO GOMEZ GOMEZ

Con el descubrimiento de América, el Derecho Español peninsular tuvo proyección inmediata en los territorios de las Indias Occidentales. No existía unidad política en la península, a pesar del matrimonio ya dado de los reyes Isabel de Castilla y Fernando de Aragón. Cada uno tenía su corte nacional, con sus propias autoridades y sus cuerpos de leyes. Isabel en Castilla, y Fernando en Aragón, Mallorca y Valencia. Navarra en esa época era independiente y sólo años más tarde fue incorporada a la monarquía de España. Por razón de que fue Isabel la visible patrocinadora de las hazañas del Gran Almirante, las tierras descubiertas por Colón fueron incorporadas a la Corona de Castilla, y fue el derecho Castellano el que entró a regir y no el de las demás reparticiones españolas.

A poco andar, la gran extensión de los territorios de ultramar, y la complejidad de la vida que surgió no pudieron ser estrictamente regidos por los preceptos del ordenamiento castellano, y comenzaron a aparecer normas dirigidas a la administración y a los hechos antes desconocidos. Así surgió el derecho propiamente Indiano, que alcanzó profusión y minuciosidad que hizo necesaria su codificación, por lo cual se realizaron varias recopilaciones.

De esa manera, se decretó que tuvieran prelación, en su orden, las disposiciones dictadas por el Rey, la Casa de Contratación de Sevilla, las Reales Cédulas, las Provisiones, las Cartas Reales, las Instrucciones, las Ordenanzas y otras normas revestidas de casualismo y expedidas para los territorios de ultramar, dejándose el derecho castellano con mero carácter supletorio para los casos en que no existiera norma precisa en los nuevos territorios. Dadas las características del derecho castellano, y las materias de sus reglamentaciones, fue mayor su influencia en el derecho privado que en el derecho público, lo cual tuvo el mismo significado para las posesiones de ultramar.

El insigne profesor José Ma. Ots Cadequi, de quien recibí lecciones de Derecho Indiano en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, señala un orden de prelación en sus fuentes en la forma siguiente. Menciona la Ley 2, título I, libro II de la recopilación de los Reinos de las Indias, promulgada en 1680, que decía: "Ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta Recopilación, o por Cédulas, Provisiones u Ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla, conforme a la de Toro"... Esta ley, es la primera de una colección de ochenta y tres leyes sancionadas en la ciudad castellana de Toro, en una reunión de Cortes realizada en 1505; y esta misma ley, reproduce otra del ordenamiento de Alcalá de Henares, promulgada en 1348 bajo el reinado de Alfonso XI, que establecía el siguiente orden de prelación:

1. Ordenamiento de Alcalá.
2. Los fueros Municipales.
3. El fuero Real.
4. Las Partidas.

De modo que tal ordenamiento de Alcalá, fue sancionado por la Nueva Recopilación de Castilla promulgada en 1567 por el Rey Felipe II, y más tarde por la Novísima Recopilación de las Leyes de España en el año de 1805.

En este orden y bajo sus preceptos, se ha de estudiar cualquier situación jurídica anterior a nuestra independencia. Lo mismo entre nosotros, que en cualquiera de los países que optaron por su autonomía a comienzos del siglo XIX.

Pero digamos algo acerca de los estatutos de mayor grado de influencia en estos territorios ultramarinos, durante largo período histórico, que lo fueron los de las Siete Partidas. Este Código, como el Fuero Real, fue promulgado por el Rey Alfonso X el sabio, y según el profesor Ots, alcanzó muy amplia difusión en todos los países del Occidente Europeo por su alta autoridad doctrinal. Fue un reglamento de carácter territorial inspirado en el derecho romano justiniano. Representó un espíritu innovador y unificador en España, insistentemente buscado por el nombrado Monarca. Fueron redactadas las Partidas en Murcia hacia 1263. Y Alfonso XI las incluyó al promulgar el ordenamiento de Alcalá. El hecho fue que en las Indias Occidentales alcanzaron las Partidas una gran difusión. Más amplia que en la propia metrópoli, dado que mientras que en España contaron visibles resistencias, no las tuvieron aquí los Oidores de las Audiencias.

Según las Siete Partidas, el patronato eclesiástico era "Un derecho concedido por la Iglesia, para escoger la persona que haya de ser promovida a algún beneficio eclesiástico, con otros honores, utilidades y cargas establecidos por los sagrados cánones, en favor de algún individuo o corporación, por haber fundado, construído o dotado alguna iglesia por sí mismo, o por suceder legítimamente a los que lo hicieron". (Libro I, título 15, partida I). Dicho patronato se "transmitía por herencia o sucesión, por donación hecha con el consentimiento del Obispo de la iglesia donde se es patrono, por venta de la heredad a la cual estaba afecto el patronato, y por trueque de un patronato por otro".

La capellanía era una fundación en la cual se imponía la celebración de cierto número de misas anuales en determinada capilla, iglesia o altar, afectando para su sostenimiento las rentas de los bienes que se especificaban. Se dividían en mercenarias o profanas, y laicales, colectivas y gentilicias. Las primeras se establecían sin autorización del Pontífice ni del Obispo; las colectivas requerían tal autorización y las gentilicias se diferenciaban de las anteriores en que el patrono era siempre lego.

Numerosas referencias de vivo interés podríamos incluir en una exposición destinada a tiempo más dilatado del previsto para esta mi intervención, pero no prescindo de algunos aspectos, en forma breve, para ilustrar varias de las instituciones del Derecho Indiano y de la vida colonial.

Condición de los Indios

Los indios fueron tema de controversia acerca de su condición jurídica, durante el reinado de los Reyes Católicos. Juristas y hombres de gobierno se pronunciaban en la Corte por su natural estado de servidumbre respecto de los españoles. Los teólogos, con el Padre Las Casas a la cabeza defendieron el respeto por su estado de libertad. Triunfaron los enemigos de la esclavitud, y fueron considerados personas libres, en vasallaje de la Corona de Castilla. En términos de Derecho se les catalogó como personas "rústicas o miserables", necesitados de tutela para su protección Jurídica. Fueron objeto de repartimientos y encomiendas, sucesivamente, la primera forma, para servicios personales. La segunda como institución de origen castellano, comprendía un grupo de familias indígenas puesto bajo autoridad de un español a título de encomendero. Debía cuidar con esmero de tales familias y atender su formación religiosa con ayuda del Cura doctrinero. Anótese que la conquista española se hizo mediante la Cruz y la Espada. Los indios debían al encomendero servicios personales o el pago de unas prestaciones económicas.

Hubo encomiendas por una sola vida, o por más, a título hereditario. Las prestaciones a cargo de los indígenas fueron básicamente el "tributo" y la "mita". El primero en dinero o frutos, desde los 18 hasta los 50 años. Fueron exentos los caciques, sus hijos mayores y los indios alcaldes.

Se eximían también por término de diez años a los indios que se sometieran pacíficamente. La "mita" consistía en trabajo temporal en minas, agricultura, labor pastoril, servicios domésticos, en favor de los españoles. Fue abolida por Carlos V en 1549. El indio mitayo tuvo en su favor algunas Ordenanzas virreinales.

Existieron las regalías en favor de la Corona; según Juan Solórzano (Citado por Ots) sobre las minas de oro, salinas, los productos agrícolas estancados (sometidos a los estancos), las perlas, esmeraldas, los bienes mostrencos, los vacantes, y las tierras, aguas, montes y pastos no concedidos por la Corona, a los particulares. También causaba regalías la provisión de oficios públicos y el "Patronato Regio" para cargos eclesiásticos. Generalmente la regalía era equivalente al quinto de los beneficios obtenidos. El régimen de la tierra se rigió por atribuciones conferidas a los Adelantados y a los jefes de expediciones descubridoras, quienes podían repartir tierras y solares.

El encomendero contraía el compromiso con el Rey de prestar el servicio militar a caballo, cuando fuera requerido. Al comienzo hubo controversia encendida acerca de la licitud de la encomienda entre teólogos (Padre Las Casas) y hombres de gobierno (Juan Ginés de Sepúlveda), que dio por resultado su abolición, con promulgación de diversas leyes protectoras.

Reglamentación para las ciudades

Con arreglo a la ley II, título VII, Libro IV de la Recopilación de 1680, se crearon tres clases de poblaciones: Ciudades metropolitanas, Ciudades diocesanas o sufragáneas

y villas o lugares. El cabildo de las primeras estaba integrado por doce regidores, dos Fieles Ejecutores, dos jurados de cada parroquia, un Procurador General, un Mayordomo, un Escribano de Consejo, dos Escribanos Públicos, uno de Minas y Registros, un Pregonero Mayor, un Corredor de Lonja y dos Porteros. En las segundas ocho regidores y los demás oficiales perpetuos. En villas y lugares: Alcalde Ordinario, cuatro Regidores, un Alguacil, un Escribano público y un Mayordomo. (España en América, J.M Ots Capdequi).

Las atribuciones de los Virreyes abarcaron la universalidad de funciones propias de su ejercicio a gran distancia de la sede del gobierno, y de la complejidad de las comunicaciones. Cubría los diferentes aspectos de la actividad pública: Legislativo, gubernativo, fiscal, económico, judicial, militar y aún eclesiástico por virtud del Régio Patronato Indiano, en su condición de Vicepatronos de las Iglesias del Virreinato. Existieron las Capitanías Generales con un alto funcionario de carácter básicamente militar (Capitán General) y también con atribuciones de índole civil; así mismo las gobernaciones con autoridad civil y también con funciones de carácter militar.

En las ciudades importantes figuró otro funcionario, representante de la autoridad del Estado con el nombre de Alcalde Mayor en unas regiones, y en otras de Corregidor. Estaban supeditados a los Virreyes, presidentes, gobernadores y capitanes generales, según los casos. Ejercieron funciones de gobierno, el poder inmediatamente superior. Con frecuencia tuvieron conflictos jurisdiccionales con los cabildos municipales y con los alcaldes ordinarios.

El Virreinato de Nueva Granada fue creado en el siglo XVIII. El régimen municipal fue un trasplante del viejo municipio castellano. Durante el gobierno de Felipe II se estableció la regalía en favor de la Corona por venta en pública subasta de los empleos de mejor remuneración, para subvenir a los gastos que demandaban las guerras de España en Europa. El Consejo Municipal fue órgano para dar curso a las aspiraciones sociales, las necesidades públicas, integrados por regidores.

Las Audiencias se instituyeron tomando como modelo las de Valladolid y Granada, y a poco andar se diferenciaron para recoger la complejidad de la naciente vida pública colonial. La primera fue fundada en 1511 en Santo Domingo, cuando ejercía el gobierno Don Diego Colón, hijo del Almirante. Fueron órganos de administración de justicia de carácter corporativo. Simultáneamente ejercieron funciones de gobierno, por medio de Reales Acuerdos.

Propiedad de la tierra

Además de las adjudicaciones que podían otorgar los Adelantados y Jefes de expediciones, título originario sobre la tierra fue la Real Cédula de "gracia o merced". Era requisito indispensable para consolidar el título ponerla en cultivo y residir en ella por plazos entre cuatro y ocho años según los casos. Ninguna adjudicación podía hacerse con "agravio a los indios", ni "con perjuicio de terceros". La adjudicación no implicaba facultad jurisdiccional ninguna sobre las personas que habitaran la superficie respectiva, ni derecho sobre las minas que en ellas pudieran hallarse. Se debía tener en cuenta

que la zona atribuida correspondiera "parte de lo bueno, e de lo mediano, e de lo menos bueno". Felipe II estableció el procedimiento fiscal de adjudicar los sueldos "de realengo" en pública subasta y al mejor postor. Ordenó exhibición de títulos de dominio, anuló apropiaciones indebidas o conseguidas con exceso al amparo de un título legítimo, si el poseedor no legalizaba su situación mediante el pago de una cantidad en concepto de "composición".

Los repartimientos por medio de "gracia o merced" fueron disminuyendo y llegaron a ser excepcionales, pues a contar de 1591 las tierras "baldías o realengas" se dispuso que se adjudicasen en subasta pública. En cuanto al acceso a la "composición" se exigió el establecimiento previo de cultivos y la posesión continua durante diez años. Por razón de abusos se estableció más tarde la Confirmación Real, y ulteriormente, para mayor brevedad, se crearon los "jueces privativos de tierras" facultados para otorgar confirmación, sin necesidad de acudir al Supremo Consejo de las Indias.

Contempló la política de tierras el interés económico, mediante posesión efectiva y cultivo, a la par del interés fiscal por medio de los remates y las composiciones. Tal intervencionismo estatal fue mal recibido por los Oidores de las Audiencias, quienes, según Ots Capdequi, estaban formados en los conceptos del Derecho romano Justiniano. Se fomentaron unos cultivos, se prohibieron otros, se instituyó para la ganadería la "mesta" que era una planta de semovientes demostrativa de la explotación. En cuanto a las minas, desde 1504 se instituyó su libre beneficio pagando a la Corona el "quinto". Más tarde el fisco tomó las "minas ricas", dejando a los particulares las ordinarias. Se aplicó así el principio diferencial entre dominio del suelo y del subsuelo.

El comercio y la navegación se centralizó inicialmente en Cádiz. En 1503 se trasladó a Sevilla, mediante la creación de la "Casa de Contratación", algo semejante a lo que hoy es una Cámara de Comercio. Sevilla era activo puerto sobre el Guadalquivir, sin el riesgo de piratería que tenía Cádiz. Por ese mismo riesgo se ordenó que las naves no navegaran aisladas sino en "conserva de flotas" armadas y pertrechadas. El profesor Ots anota que el monopolio de la navegación determinó el comercio clandestino con focos muy poderosos en las Costas Caribeñas y en Buenos Aires. Más tarde autorizó la navegación de navíos sueltos para los diferentes puertos de las Indias con libertad comercial, ya hacia 1765. Tal hecho suscitó un gran incremento comercial. Se rompía así el inicial exclusivismo colonial de la época de los descubrimientos, que con la teoría de los "metales preciosos" formaron los dos ejes de la política económica imperial de la época. Tal política, por otra parte, representó menoscabo de las explotaciones agrícolas e industriales, pues se tuvo prohibida la fabricación de productos que compitieran con los españoles.

Hechos de este carácter, con la negativa de otorgar igualdad de derechos a los criollos respecto de los peninsulares, fueron causas directas y eficientes para el movimiento de independencia de ultramar.

LA TRIBUTACION COLONIAL

El régimen colonial fue acentuadamente arbitrista. Las urgencias de la Corona

determinaban formas de tributación, que, como los destinados a la Armada de Barlovento, (sobre libra de aguardiente y hojas de tabaco, entre otros) crearon las condiciones objetivas para los movimientos independentistas de ultramar.

Con vista de los estudios de Ots Capdequi, la política fiscal en cada territorio era regulada por la Junta Superior de la Real Hacienda, compuesta por el Virrey o Gobernador, los Oficiales reales, el Juez Decano y el Fiscal de la Audiencia. Las cuentas se remitían periódicamente a la Casa de la Contratación de Sevilla y al Consejo de Indias.

En la enumeración de ingresos del tesoro, antes se eludió a las regalías. Los indios estuvieron obligados a pagar un tributo, y pesó sobre ellos la mita. Para el impuesto de alcabala había un recaudador en cada distrito. El almojarifazgo se pagaba por todos los efectos procedentes de Europa, y por las cosas que de las Indias se exportaban a España, en porcentaje que variaba en distintas circunstancias. El medioeval impuesto de siza consistía en una rebaja que se hacía sobre pesas y medidas al realizarse las transacciones, en favor del fisco para casos de guerra. Los impuestos eclesiásticos de diezmos fueron recaudados por la predicación de la Bula de la Santa Cruzada.

Para los funcionarios se exigía el impuesto de "mesada" y de "media annata". Hubo impuestos que causaron mucha irritación popular, como los que gravaron al azogue, la sal, la pimienta, el solían, los naipes y el papel sellado, con más problemas que beneficios para el régimen colonial. Había también los conceptos de "donativos" y "servicios" más o menos voluntarios según Ots, a cargo de los particulares. También los empréstitos, los embargos extraordinarios de bienes particulares que se enviaban en los navíos, las composiciones, las multas y las confiscaciones.

El autor Ots transcribe al profesor inglés Haring acerca de este excesivo arbitrio: ¿"No fueron las riquezas de las minas de América una desgracia para la nación española? ¿No es verdad que los tesoros traídos de América motivaron un aumento de dinero y una subida de precios en un país no industrial, y que estos tesoros sirvieron solamente para satisfacer vanidades sociales y para hacer a la nación más incapaz para el desarrollo de su vida industrial y mercantil?"

Con arreglo al régimen del Regio Patronato Indiano correspondía a la Corona la percepción de los diezmos, con obligación para los monarcas de atender la erección de templos y su sostenimiento. También les daba derecho de presentar los nombres para dignidades eclesiásticas cualquiera que fuere la jerarquía. No se podía fundar parroquias o conventos sin previa licencia real. El Consejo de Indias estaba facultado para retener las Bulas y Breves pontificios, con suplicación al Papa cuando había preceptos contra el patronato o contra los intereses españoles en las Indias.

El control de la burocracia se ejercía por medio de las visitas y de los juicios de residencia. La primera ocurría por razón de sospechas, o denuncias acerca de abusos de los funcionarios. Al juicio de residencia estaban sujetos todos los empleados coloniales, incluidos los Virreyes. Era una rendición de cuentas sobre base de hechos concretos, y no de sindicaciones vagas o imprecisas. El juez debía remitir el informativo levantado

a la Audiencia competente, o al Consejo de Indias, según el caso.

Preciso es aludir a las instituciones de derecho privado. En cuanto a regulación de la familia, los preceptos españoles rigieron para celebración del matrimonio católico en los territorios de Ultramar. Desde el Concilio de Trento, se obró con la rigidez que allí se determinó. Las normas del Concilio fueron Ley del Reino. En tal forma se practicó para las uniones de los españoles con mujeres de las diferentes razas indias sojuzgadas. Es más, se fomentaron estas uniones mixtas entre españoles e indias, dado que la presencia de mujeres españolas fue bastante escasa, a lo menos en las primeras etapas de la conquista. Fueron autorizadas las audiencias para reglamentar todo lo concerniente al rol matrimonial en todas sus formas sin contradecir el régimen jurídico peninsular, y tomando en cuenta la igualdad jurídica de españoles e indios. En el orden civil, fueron terminantes las disposiciones que prohibieron los matrimonios con mujeres vecindadas en los territorios de su jurisdicción a los Virreyes, Presidentes, Oidores, Gobernadores, Corregidores, Fiscales, Alcaldes Mayores y del Crimen. Hubo normas referidas a la unidad familiar, y se dictaron cédulas que dispusieron que los hombres casados en España no podían viajar a las Indias dejando abandonadas a sus mujeres. Hubo, así mismo, normas concretas referentes a la legitimación de hijos nacidos fuera del matrimonio, así como para proteger a los huérfanos menores de edad, complementando las situaciones no comprendidas en el derecho castellano. Respecto de menores y tutelas, si dictó Real Cédula de 1544 que ordenó: "que no se discierna tutela ni curatela de ningún menor en que intervenga hacienda, sin haberse asentado por el escribano del Ayuntamiento la razón de tal tutela en el libro que ha de tener".

Cuestión importante fue la Institución de los Mayorazgos, como norma aplicable al régimen de familia. Se estableció como privilegio concedido a los pobladores de Indias, por el Rey Felipe II de 1573. Así, "el poblador principal" podía instituir mayorazgo de todos los bienes y haciendas que en la nueva población adquiriese. Tenía por objeto beneficiar al hijo mayor, para conservar la importancia económica de la familia impidiendo la subdivisión de los bienes de la herencia.

En cuanto a derecho sucesoral, en la Real Provisión de 1536 se mandó que, a la muerte de un encomendero que estuviera gozando del disfrute de la encomienda en primera vida, se había de otorgar merced al mayor de sus hijos legítimos. El beneficiario de la encomienda recibía el beneficio por ministerio de la Ley y no a título de heredero, por lo cual se entendía que podía ser desheredado por el causante; no cabía, por tanto derecho de representación; también podía el mayorazgo, según su conveniencia, repudiar la herencia. El orden de sucesión en la encomienda no podía ser alterado en ningún caso. Respecto de las deudas sucesorales, en ellas no participaba el mayorazgo heredero de la encomienda, a no ser que fuera heredero único. Los bienes de la encomienda no tenían carácter de bienes colacionables, ni podían ser computados en las legítimas de los que, por ministerio de la ley, eran llamados a la sucesión.

Hubo cédulas Reales encaminadas a corregir abusos, como los cometidos por algunas autoridades coloniales en la sucesión de los cacicazgos y contra la libertad de testar de los indios; también contra abusos de Prelados en punto a libertad testamentaria

de clérigos y prebendados, lo mismo respecto de los fraudes cometidos por algunos confesores para obtener de sus fieles testamentos en favor de sus deudos o de su iglesia.

La forma originaria del derecho de propiedad en las Indias derivó de "gracia o merced" Real. Antes hice alusión a la adquisición de derechos sobre minas y tierras en el examen breve de las instituciones económicas. En general, el derecho de propiedad en la forma supletoria estuvo regido por el derecho castellano. Las mismas normas pasaron directamente a regir en los territorios de Ultramar.

Respecto del derecho de obligaciones se aplicaron las viejas normas del derecho castellano, y no se dictaron reglamentos concretos diferentes de la solución casuística de asuntos esporádicos. Pero no hubo, según los investigadores, un cuerpo doctrinal digno de ser recogido como fuente.

La anterior, señores, es una síntesis apretada de lo que fue el Derecho Indiano, con sus fuentes del derecho español, concretamente el castellano, que constituyó la regulación jurídica de la vida en la Colonia, hasta la República, y aún después. Ciertamente, reviste interés estudiar como asignatura en las Facultades de Derecho y todo lo concerniente a la vida jurídica durante la conquista y la colonia de nuestro territorio.

FACULTAD DE DERECHO



A

REA DE DERECHO PRIVADO

T E M A S
SOCIO-JURIDICOS

LA CONVERSION DEL NEGOCIO JURIDICO Y LOS TITULOS-VALORES

FRANCISCO ANTONIO LEON PEREIRA

Uno de los temas que resultan más apasionantes en materia de títulos valores es el relacionado con la aplicación o no a este campo del derecho del principio de la conversión del negocio jurídico, puesto que el carácter formal que nuestro ordenamiento mercantil le ha dado a estos documentos parece chocar con las disposiciones generales del código civil y del código de comercio que permiten la mencionada conversión. Con el ánimo de participar en este debate, exponemos nuestro punto de vista que se encamina a sostener que ese instituto es ajeno al derecho cambiario. Conviene advertir que cuando se haga referencia a algún precepto legal sin mencionar la codificación a la cual pertenece debe entenderse que se trata del código de comercio.

1. EL FORMALISMO DE LOS TITULOS - VALORES Y SU INOBSERVANCIA

Los títulos-valores son documentos formales por esencia, están sometidos a la observancia de determinados requisitos, generales unos, particulares otros, sin los cuales no producen los efectos previstos por la ley mercantil, art. 620.

Dentro de los requisitos generales, el artículo 621 establece la necesidad de que todo título-valor tenga la firma del creador, que puede ser autógrafa o mecánicamente impuesta. Colorario de lo anterior es que si un documento que se pretenda crear como título-valor no lleva la firma de su creador no surge a la vida jurídica como tal y por tanto no produce los efectos que la ley le reconoce a esta clase de documentos.

Cuando se trata de letras de cambio, en consonancia con lo antes dicho, éstas deben llevar la firma del girador, so pena de ineficacia. No cabe duda que es el girador el creador de la letra, es decir quien envía o da la orden al girado para que pague una determinada suma de dinero al tomador o beneficiario. De ahí que el artículo 678 del C. de Comercio establezca que el girador será responsable de la aceptación y del pago de letra.

De acuerdo con lo expuesto, si al emitir un documento bajo la forma de un determinado título-valor se omite alguno de los requisitos generales o alguno de los señalados en particular para ese título específico no surte los efectos previstos por el Código de Comercio, conforme lo establece el art. 620 ya citado, quedando a salvo la eficacia del negocio jurídico que dio origen al documento o al acto. Nótese que el legislador mercantil es claro y terminante en este aspecto, le quita toda eficacia cambiaria al documento y en modo alguno da lugar a que se piense siquiera en la posibilidad de que nazca o surja un título-valor diferente.

El autor Luis Javier Lopera Salazar, citando al también tratadista Mauricio Yadarola, expresa:

"Hay, como dice Yadarola, "una forma que es la que da existencia al título de crédito y sólo cuando el documento guarda esa determinada forma, adquiere el nombre y produce los efectos de un título de crédito; forma que se vincula no sólo a la redacción del documento, esto es, a su estructura sino también a su función, cual es, la de servir de vehículo a la circulación del crédito o de los valores económicos".¹

Y más adelante agrega:

"El llamado dogma de la declaración, que prima sobre la voluntad no revelada y que se funda en el tenor del documento, no subsistiría si éste no cumplierse el riguroso formulismo que hace que la responsabilidad del deudor cartular se determine por lo que el documento representa."

Las formalidades son mínimas, pero necesarias. De Semo ha tomado esta exigencia del formulismo para dar su definición del título-valor: "Un título de crédito es un documento registrado, según determinados requisitos de forma, que obedece a una particular ley de circulación y que contiene incorporado el derecho del poseedor legítimo a una prestación en dinero o en mercancías, que está mencionada en el mismo".²

Refiriéndose a las formalidades de la letra de cambio el profesor Ramiro Rengifo expone:

"...En otras palabras, para que exista la obligación cambial (5) ella debe configurarse, por así decirlo, en una forma determinada legalmente. Si ella no se da, tampoco surge la obligación cambial o cambiaria. Eso no se opone a que si se frustra el nacimiento de la letra de cambio el negocio base en virtud del cual ella se iba a crear quede frustrado, No. Por ser dos negocios jurídicos distintos, el primero no afecta al segundo. Tampoco significa que esa forma frustrada de letra de cambio no puede servir para nada. En efecto, podrá documentar un principio de prueba de una obligación. Cambiariamente no es nada (6)".³

En la exposición de motivos del Proyecto de Ley Uniforme de Títulos-Valores para América Latina, que fue la base fundamental del Título Tercero del Libro III de nuestro código de comercio, se dijo:

"Se establecieron unos requisitos generales que debe contener un título-valor, estimándose sin desconocer la fuerza tradicional de la costumbre, que al fijar dichos

1 LOPERA SALAZAR, Luis Javier. TITULOS VALORES, Teoría General y Especial. Medellín. Servigráficas, 1981. pág. 13.

2. LOPERA S., Luis J. Op.cit pág. 13.

3. RENGIFO, Ramiro. La Letra de Cambio. El Cheque. El Pagaré. Los Bonos. Las Acciones. Medellín, Señal Editora, 6a. ed., 1992, pág. 42

requisitos mínimos las costumbres de los diversos países encontrarán un cauce de armonía.⁴

Ha de advertirse que tanto en la exposición de motivos como en el artículo 3o. del Proyecto mencionado se empleó el verbo Deber para indicar la necesidad de que los documentos que se pretendan crear bajo la forma de títulos-valores reúnan los requisitos mínimos previstos por la legislación. Y volviendo al ordenamiento interno colombiano se observa que también nuestro legislador empleó el mismo verbo, que está contenido no sólo en texto del artículo 621 sino también en redacción del 671.

De otra parte, se ha de tener presente que dado el carácter riguroso del formalismo de los títulos-valores, cuando la ley quiso suplir la voluntad de las partes lo indicó de manera expresa. Ejemplo de ello son los artículos 635 y 637 relativos al aval, de acuerdo con los cuales si nada se dice se entiende garantizado todo el importe del título y las obligaciones de todas la partes en él. De igual manera los artículos 621 y 660 sobre las fechas de creación y de endoso de los títulos valores. Lo mismo puede decirse en relación con lo dispuesto por el artículo 634, inciso segundo, que preceptúa que cuando a una firma puesta en un título valor no se le pueda atribuir otra significación se considera como firma de avalista. Y el art. 762 según el cual si no se hace constar en el bono de prenda los intereses pactados, se presume que su importe se ha descontado.

2. LA LEY COLOMBIANA Y LA NATURALEZA JURIDICA DE LOS TITULOS-VALORES

No ha existido unanimidad, a través del tiempo, en el criterio del legislador mercantil sobre la naturaleza de los títulos-valores. En efecto, el derogado Código de Comercio Terrestre de 1887 ubicó el tema dentro de los contratos y en el Libro Segundo, Título 10, estaban incluidas las normas relativas al contrato de cambio.

La ley 46 de 1923 reguló el tema por fuera del Código de Comercio, sin entrar a determinar si se trataba de bienes o de contratos. Se les denominó instrumentos negociales, que da la idea de que se trata de documentos que están destinados a la circulación.

Al expedirse el decreto 410 de 1971, bajo la orientación del proyecto Intal, el legislador colombiano se situó dentro de la concepción de los títulos-valores como bienes, y las disposiciones pertinentes se encuentran en el Título III del Libro Tercero, relativo a los bienes mercantiles.

Por consiguiente, de acuerdo con la normativa comercial vigente, los títulos-valores son cosas corporales muebles y dentro de éstas revisten el carácter de documentos escritos, formales por esencia, formalidad que como se ha anotado es ad substantiam

4. CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. México, Alfa Editores. 1982. pág. 174.

actus, so pena de ineficacia. Además, son documentos que se presumen auténticos y que por consiguiente no requieren reconocimiento de las firmas de los intervinientes, art. 793.

3. FUNCION CONSTITUTIVA DE LOS TITULOS-VALORES

Dentro de las funciones que cumplen los títulos-valores se encuentra la constitutiva, que consiste en que creado un título-valor surge una obligación nueva, distinta de las derivadas del negocio subyacente; vale decir, si en la celebración de una permuta una de las partes se obliga a cancelar un excedente y por él acepta una letra de cambio, surge una obligación nueva, diferente de las derivadas del contrato de permuta. La situación se comprende más fácilmente si suponemos que el título ha circulado y ha llegado a un tercer poseedor de buena fe; para este último es totalmente claro que allí lo que existe es una obligación de pagar una suma determinada de dinero, incorporada en una letra de cambio, y nada más; ninguna relación se establece con el negocio de permuta.

De igual manera, si se emite un pagaré en razón de un mutuo, surge una obligación nueva, diversa de la derivada del mutuo. El título circula y llega a manos de un tercer poseedor de buena fe; pues para él sólo existe un derecho de carácter cambiario que le permite exigir el pago de una suma de dinero incorporada al título; él no estará exigiendo en modo alguno el pago de la obligación propia del mutuuario sino la satisfacción de su derecho cambiario, autónomo.

4. EL PRINCIPIO DE LA LITERALIDAD

La literalidad es una de las características o de los principios rectores de los títulos-valores y en virtud de ella todo aspecto principal o accesorio se decide con fundamento en el tenor literal del documento, de modo tal que los intervinientes se obligan a lo que conste en el título y en la calidad que en él aparezca, así hayan querido obrar en otra. Aspectos tales como la reserva mental no son de recibo si se trata de un documento de esta naturaleza; lo que no conste en el documento no existe para el derecho cambiario. Por ello, puede afirmarse que quien adquiere un título-valor no adquiere más derechos que los expresados en su tenor literal y nada distinto puede exigir con base en él.

En aquellos eventos en los cuales se pretendan derechos no incorporados al título será ineludible acudir a demandarlos con base en el negocio originario, pues ni la prueba de confesión servirá para complementar el texto del documento.

Este principio encuentra su consagración legal en el artículo 619 de acuerdo con el cual los títulos-valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Y el artículo 626 lo reafirma al estatuir que el suscriptor de un título-valor quedará obligado conforme al tenor literal, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia.

En desarrollo del mismo principio el artículo 631 dispone que en caso de alteración del texto los signatarios anteriores quedan obligados conforme al texto inicial y los posteriores conforme al texto alterado, presumiéndose, en todo caso, que la suscripción ocurrió antes de la alteración.

Así las cosas, no cabe duda de que en materia de títulos-valores, todo se define de acuerdo con su tenor literal sin que pueda acudirse a consideraciones extracartulares o extracambiarías para determinar la magnitud o el alcance de las obligaciones de los diferentes intervinientes o del derecho o de los derechos del tenedor legítimo.

5. LOS TITULOS-VALORES CON ESPACIOS EN BLANCO O SIN LLENAR

El artículo 622 prevé la posibilidad de que en el título se dejen espacios en blanco y dispone que cualquier tenedor legítimo podrá llenarlos, sujetándose a las instrucciones que haya dejado el suscriptor, antes de la presentación del título para el ejercicio del derecho incorporado. Además, la norma permite que se entregue una hoja en blanco para que se convierta en título-valor, quedando el tenedor facultado para llenarlo. Obviamente, el documento deberá ser completado, de acuerdo con las instrucciones del suscriptor, para poder ejercer los derechos respectivos.

Con apoyo en esta norma legal puede afirmarse y resulta válido que es posible que quien vaya a intervenir como aceptante de una letra de cambio la firme en blanco, en el lugar correspondiente al girado, y se la entregue a quien vaya a ser el tomador o beneficiario para que posteriormente sea completada; empero, ello no significa que la letra pueda carecer de la firma del girador y sin embargo conserve su eficacia o se convierta en un título-valor diferente. No, simplemente la ley permite que incluso la firma sea puesta en un papel totalmente en blanco para que luego sea convertido en un título-valor, pero en modo alguno está estableciendo una excepción al formalismo de los títulos-valores, ya que el mismo precepto exige que el documento se complete antes de presentarlo para el ejercicio del derecho incorporado, y completarlo supone que se llenen todos los requisitos, tanto generales como particulares, según el título de que se trate.

Esa es la orientación de la normativa mercantil colombiana en esta materia: cuando el documento no se complete al emitirlo o al negociarlo el tenedor deberá llenarlo antes de la presentación para el ejercicio del derecho. De ahí que, aún cuando el artículo 654 autoriza que el endoso se haga en blanco, le impone al tenedor el deber de llenarlo con su nombre o el de un tercero antes de la mencionada presentación.

Por consiguiente, para los efectos de este estudio, si alguien firma en calidad de girado un formato de letra de cambio en blanco y lo entrega para que posteriormente sea llenado, el tenedor deberá ser cuidadoso en la observancia de los requisitos de la letra, dentro de los cuales se encuentra la firma del girador, so pena de que el documento no produzca los efectos previstos por las normas cambiarías.

Sobre el tema de la letra en blanco, en un aspecto de la doctrina española, que nos

parece importante mencionar, el profesor Joaquín Garrigues expresa:

..."No se trata, pues, de dar validez a una letra en blanco: se trata de dar validez a las obligaciones cambiarias asumidas cuando la letra estaba en blanco. Planteado en estos términos el problema, es indudable que ningún texto de nuestro derecho positivo, ni aún el texto del art. 444 del C. de Co. que expresa los requisitos esenciales de la letra, prohíbe las letras en blanco. El art. 444 se refiere, no al nacimiento de la obligación cambiaria, sino a la posibilidad de exigirla en juicio. Si la letra no contiene todas las menciones de ese artículo, no se podrá hacer valer en juicio; pero eso no quiere decir que haya dejado de surgir la obligación cambiaria cuando se entrega el documento al acreedor con algunas de las menciones esenciales en blanco. El art. 444 exige varios requisitos para la actuación en juicio del derecho cambiario, pero no impone la simultaneidad en la redacción de esas cláusulas especiales (redacción de la letra completa en un sólo acto), ni siquiera un orden cronológico para ellas, en el sentido de que la firma del librador y la del aceptante no puedan estamparse cuando la letra contenga algún blanco. La reunión de esos requisitos es condición esencial para hacer valer el crédito cambiario, pero no lo es para la validez de la obligación..."⁵

6. LAS LETRAS DE CAMBIO A CARGO DEL MISMO GIRADOR

Al estudiar el tema de los elementos personales de la letra de cambio se ha de mencionar: al girador, quien da la orden; al girado, destinatario de la misma y al tomador o beneficiario, persona a cuyo favor se emite la orden. Son, pues, tres los elementos personales de la letra; con todo, no siempre se tratará de tres personas diferentes, pues de acuerdo con el artículo 676 la letra de cambio puede girarse a la orden o a cargo del mismo girador. En el último evento planteado el girador queda obligado como aceptante.

Esta es una de las normas legales que el profesor Bernardo Trujillo Calle invoca para fundamentar su tesis del nacimiento de un título-valor nuevo⁶; sin embargo, no estamos de acuerdo con su planteamiento, no porque desconozcamos la preceptiva legal que con diáfana claridad establece que la letra de cambio puede ser a cargo del mismo girador, sino porque esa situación sólo se presenta cuando la letra se crea a cargo de la misma persona que da la orden, como se pasa a explicar.

La letra de cambio, cualquiera que sea la apariencia externa que se adopte para elaborarla, pues no hay un modelo de orden legal, reviste la forma de una carta, y en el texto de la misma encontramos la mención de la persona a la cual se dirige (nombre del girado), el contenido (la orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero, con indicación de la fecha y del lugar donde debe cumplirse y la tasa del interés, si se quiere) y la firma del girador, que, por estilo, generalmente va precedida de abreviaturas tales como Su S.S. Con el lleno de esos requisitos la letra ya es perfecta

5. CARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo III, 7a. Ed. Bogotá. Temis. 1987, pág. 203.

6. TRUJILLO CALLE, Bernardo. Las Falacias de Algunas Falacias. Santafé de Bogotá. Temis. 1992, pág. 45.

en cuanto título-valor, con prescindencia de que el girado acepte o no la orden. La fecha de emisión, aspecto no esencial, suele aparecer en el encabezamiento o al final.

Ahora bien, para el caso que nos ocupa, la letra se entiende a cargo del mismo girador cuando la persona que emite el título o firma la orden (en el espacio correspondiente a Su Seguro Servidor, en el ejemplo dado) coincide con la persona a la cual se dirige (el nombre del girado). Pero si el girado estampa su firma no como emisor sino en el espacio correspondiente a la aceptación, que en los modelos que circulan en el mercado aparece en el anverso de la letra, en sentido vertical, bien en la parte céntrica o en el extremo izquierdo, no puede decirse que la letra sea a cargo del mismo girador pues el girado no ha venido a ocupar esa posición o ese grado en el título.

De otra parte aunque la letra sea emitida a cargo del mismo girador continúa conservando su carácter de tal, no por ello puede entenderse que se convierte en un pagaré. No, sus elementos, sus requisitos siguen siendo los de la letra, los generales del artículo 621 y los específicos o particulares del artículo 671; lo que ocurre es que por expresa permisón legal el girador puede ocupar dos grados u ostentar dos calidades diferentes en el título, el de girador y aceptante, o el de girador y beneficiario, y, en el primer caso, cuando la letra es a su propio cargo resulta supérfluo que estampe dos veces su firma, basta con la firma de girador, art. 676; pero nótese que la firma que el precepto legal obvia es la de girado, no así la firma de girador.

7. LOS TITULOS-VALORES Y EL NEGOCIO CAUSAL

La creación, la emisión, la transferencia o la garantía de títulos-valores tienen siempre origen en un contrato que se ha denominado causal o subyacente, y desde este punto de vista son siempre títulos causales, así el motivo sea la mera liberalidad del suscriptor, que se considera causa suficiente; pero ello no quiere decir que el título se confunda con el negocio subyacente.

El tema de la abstracción y de la causalidad en materia de títulos-valores se enfoca desde el punto de vista de la influencia de las vicisitudes del negocio causal en la eficacia del título, moviéndose la doctrina entre quienes sostienen la abstracción absoluta, es decir, la total independencia del título respecto del negocio causal, aún cuando en la relación acreedor (tenedor legítimo) - deudor cambiario intervengan quienes fueron parte en dicho negocio, y la causalidad absoluta, esto es, que el negocio que origina la emisión o la transferencia del documento incidirá siempre en éste con independencia de quién sea el tenedor.

Aunque nuestro Legislador optó por la teoría de la abstracción al consagrar el principio de la autonomía, permite, sin embargo, que el obligado cambiario pueda oponer las excepciones derivadas del negocio causal frente a quienes fueron parte en él o que sin haberlo sido no son tenedores de buena fe exenta de culpa, art. 784, excepción 12a.

Empero, no quiso con ello el legislador colombiano modificar o variar la naturaleza jurídica de los títulos-valores, que continúan siendo una clase de bienes mercantiles, sin que interese en este aspecto la incidencia o no del negocio causal en su eficacia.

8. LA OBLIGACION CAMBIARIA Y LA OBLIGACION CAUSAL

De conformidad con el artículo 882 del Código de Comercio la entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera.

Y a renglón seguido la norma establece que una vez cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo.

Tiene establecido, entonces, la legislación mercantil vigente que la entrega de títulos-valores de contenido crediticio por una obligación anterior vale como pago, pero sujeto a condición resolutoria, y de otra parte, que si la condición se cumple el acreedor puede, a su arbitrio, o ejercer la acción cambiaria o acudir a la acción fundamental devolviendo el título impagado o prestando caución por los perjuicios que pueda ocasionar la no devolución.

Lo anterior quiere decir que las dos acciones, la cambiaria y la fundamental, no se confunden, conservan su independencia y que no se pueden ejercer simultáneamente. En primer lugar deberá presentarse el título para el pago dentro de la oportunidad legalmente prevista y si resulta impagado el acreedor podrá elegir entre una u otra acción. La fundamental, si se opta por ella, tendrá como base el contrato que dio origen a la emisión o a la transferencia del título-valor; en la cambiaria éste servirá de título ejecutivo.

9. LA CONVERSION DEL NEGOCIO JURIDICO Y LOS TITULOS-VALORES

Lo dispuesto por el artículo 1501 del Código Civil, de acuerdo con el cual son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en un contrato diferente, permite que dentro de la legislación colombiana se pueda hablar con propiedad de la conversión del negocio jurídico, para comprender aquellas situaciones que se presentan cuando no se reúnen los requisitos esenciales de un negocio jurídico querido por las partes pero se llenan los de otro.⁷

A la anterior norma civil se auna lo establecido por el artículo 904 del Código de Comercio, según el cual el contrato nulo podrá producir los efectos de un contrato diferente, del cual contenga los requisitos esenciales y formales, si considerado el fin perseguido por las partes, deba suponerse que éstas, de haber conocido la nulidad, habrían querido celebrar el otro contrato.

Ha querido, pues, el legislador, preservar la eficacia de los negocios jurídicos, de manera que no resulten vanas las declaraciones de voluntad efectuadas por las partes intervinientes. Y no sólo ha propendido porque los negocios jurídicos sean eficaces, sino que en forma particular ha buscado la operancia de cada una de las diferentes disposiciones contenidas en un contrato. De ahí que el artículo 1620 del C.C. prevé que el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno.

Sin embargo, lo anterior, que puede considerarse como la directriz general de nuestro ordenamiento positivo en esta materia, no es un criterio legislativo absoluto y es dable encontrar casos en los cuales se ha previsto que ante la ausencia de los requisitos exigidos el acto es totalmente ineficaz, sin que se pueda predicar la conversión del negocio.

A manera de ejemplo, el artículo 89 de la ley 153 de 1887 establece que la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las condiciones que la citada norma señala. No cabe duda, y así lo ha entendido la jurisprudencia, que en materia civil la promesa de contrato debe sujetarse irremediabilmente a dicha norma, so pena de ineficacia. En el área comercial la H. Corte Suprema de Justicia, aplicando el principio de la consensualidad que rige en ese campo del derecho, ha sostenido que no es necesario que conste por escrito.

En general, la conversión del negocio jurídico es procedente cuando la misma ley lo permite en forma expresa, o al menos es indiferente y nada dispone sobre el particular, dando lugar a la aplicación de los principios o de las directrices que informan el tema.

Empero, cuando una determinada norma jurídica establece de manera clara y categórica que un acto al que le faltan uno o más requisitos de los que ella exige no producirá los efectos previstos por la legislación, no parece lógico ni aceptable hablar de la conversión del negocio jurídico.

Ahora bien, las normas con fundamento en las cuales se ha elaborado la teoría de la conversión del negocio jurídico hacen referencia a esta clase de actos jurídicos, a los negocios o contratos; en modo alguno se alude allí a los bienes, ya que entonces no se estaría en presencia de la conversión de un negocio jurídico sino ante la conversión o la transformación de un bien.^{7 bis.}

Es claro que lo dispuesto por el artículo 620 cierra totalmente las puertas a la posibilidad de la conversión de un título-valor en otro, o al nacimiento de un título nuevo, al estatuir que la inobservancia de los requisitos previstos o la ausencia de las mencio-

7. Consúltese el estudio El Principio de Preservación del Negocio Jurídico, del doctor Antonio Bohórquez Orduz, en Temas Socio-Jurídicos, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, No. 25. julio 1992, pág. 6 y ss.

7 bis. En auto de septiembre 25 de 1992 proferido dentro del proceso ejecutivo de Ana Serrano de Castillo y otra contra Luz Marina Díaz Turbay el Honorable Tribunal Superior de Bucaramanga, con ponencia del doctor Jorge Enrique Pradilla Ardila, sostiene que hay título-valor en cuanto la letra contiene el nombre de la persona girada y su firma, siendo dable que una misma persona ocupe dos posiciones o grados (girador y girado).

nes exigidas conducen a que los documentos no produzcan los efectos de títulos-valores. Adviértase que la disposición legal es categórica, sin que se permita el surgimiento de un título diferente del pretendido.

Esto no quiere decir que el presunto obligado cambiario quede exonerado de toda responsabilidad y que los derechos del tomador del documento vayan a quedar desprotegidos, ya que la misma norma prevé que el negocio jurídico que dio origen al documento o al acto no se afecta; la situación se regirá por los términos de dicho contrato y con base en él se podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones correspondientes.

Sobre este punto específico el profesor Ramiro Rengifo anota:

"Mucho menos puede hablarse de que se presenta una conversión, esto es, que lo que se iba a crear como letra nace como otro título-valor, por ejemplo, como pagaré, tesis muy socorrida en la jurisprudencia y la doctrina colombianas, pero insostenible hoy por existir normas legales. En efecto, en forma expresa el artículo 620 manifiesta que los títulos-valores regulados en el Código, sólo surtirán sus efectos propios si reúnen los requisitos formales; que si no los llenan no habrá título alguno; y el artículo 904 indica que la conversión se refiere sólo a los contratos que sean nulos y el título-valor ni es un contrato ni en él se da la nulidad. Fuera de ello existe una razón fáctica importante que excluye la conversión y es la de que cada título tiene formalidades específicas que no tiene ningún otro título; de allí que nunca una frustrada letra o cheque podría llegar a ser, por ejemplo, cheque o certificado de depósito por faltarle algunos de esos requisitos formales propios a cada título."⁸

Hacia 1976 o 1977 el jurista mejicano doctor Raúl Cervantes Ahumada, redactor del Proyecto Intal (que es la base de nuestras normas mercantiles sobre títulos-valores), vino a la Universidad Autónoma de Bucaramanga y al finalizar su conferencia sobre algunos aspectos de los títulos-valores, a la que tuve la fortuna de asistir, se le preguntó si era admisible la conversión del negocio jurídico en esta materia, a lo cual respondió en forma inmediata con una negación, invocando, entre otros aspectos, las formalidades y los requisitos generales de estos documentos y las exigencias particulares legalmente previstas para cada uno de ellos.

Contrario a lo anterior, el doctor Bernardo Trujillo Calle, cuya obra conocemos desde la época de nuestra formación universitaria, sostiene la posibilidad de la conversión del negocio jurídico, o, como él dice, de la posibilidad de que nazca un título-valor nuevo⁹ apoyándose en la doctrina extranjera (autores como Francesco Messineo, quien no admite la conversión propia o sustancial de la letra en pagaré; Emilio Betti, que trata el tema en forma general, sin referirse a los títulos valores; y Vallet Goytisoló, quien emite una definición o un concepto amplio de la conversión del negocio jurídico, pero

8. RENGIFO, Ramiro. Op. cit. pág. 42.

9. TRUJILLO C., Bernardo. Op. cit. págs. 35 y ss.

no analiza el fenómeno respecto de la materia cuyo estudio nos ocupa); en las normas del código civil y del código de comercio que permiten la conversión del negocio jurídico y en algunas normas del derogado código de comercio terrestre y de la ley 46 de 1923 (preceptos de referencia histórica pero que no fueron tenidos en cuenta por el legislador mercantil de 1971), para concluir con el análisis de los artículos 622, 676, 709 y 710 del C. de Co., sobre los cuales estructura su tesis, antes de entrar a replicar la expuesta por el profesor Gilberto Peña Castrillón.¹⁰

Conforme se ha dicho, no se desconoce que nuestra legislación positiva, tanto civil como mercantil, al igual que la doctrina nacional y la extranjera, aceptan la posibilidad de la conversión del negocio jurídico; en lo que no estamos de acuerdo es en que esa figura sea aplicable a los títulos-valores, entre otras razones, por las que hemos expuesto en este estudio.

Realmente no creemos, como quedó atrás indicado, que normas como los artículos 622 y 676 estén consagrando la posibilidad de que nazca un título-valor nuevo, diferente del que se quiso crear, y tampoco consideramos que esa posibilidad se abra con fundamento en los textos de los artículos 709 y 710. Entendemos que la ley simplemente quiso, de una parte, indicar el grado de responsabilidad que asumía el suscriptor de un pagaré: igual al del aceptante de una letra de cambio (709) y, de otra, no repetir en la regulación del pagaré algunas normas propias de la letra de cambio que son comunes este otro documento (710), sin que ello signifique que los dos títulos se lleguen a confundir, como no existe confusión entre las sociedades de responsabilidad limitada y las anónimas por el hecho de que el artículo 372 haya establecido que en lo no previsto aquellas se regirán por las normas de éstas.

En lo atinente a la referencia histórica que el doctor Bernardo Trujillo Calle efectúa para indicar que la letra no nació como orden sino como promesa¹¹, resulta evidente que la promesa de cambio fue anterior a la orden, conforme lo indica el profesor Garrigues, citado por el doctor Trujillo; empero lo expuesto en otro aparte por el mismo autor Garrigues permite concluir que con el transcurso del tiempo la letra de separó del pagaré, hasta llegar a ser, ahora, dos títulos diferentes, independientes, con requisitos distintos, así tengan un origen común y algunas normas comunes. Dice así el autor citado:

Desde mediados del siglo XIII (1248) aparece un nuevo documento, que se entrega para la ejecución del primero. Es un mandato de pago dirigido en términos de ruego al corresponsal o agente del banquero, que ha de realizar el pago. No contiene, pues, ninguna promesa de pago, porque está dirigido al obligado y no al acreedor.

La letra de cambio nace cuando este segundo documento absorbe o se apropia la mención esencial del primero, es decir, la cláusula de valor o recibí...

10. PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto. Algunas Falacias Interpretativas de los Títulos-Valores. Bogotá. Temis. 1985. págs. 32. y ss.

11. TRUJILLO C., Bernardo Op. cit. pág. 50.

Poco a poco el pagaré va quedando fuera de uso como cosa superflua y costosa, siendo sustituido por el mandato de pago, que es el antecedente directo de la letra.¹²

Por lo demás, sabido es que los títulos-valores revisten la modalidad de órdenes o la de promesas; la letra contiene un mandato de pago, esto es, una orden que el girador dirige al girado o que se da a sí mismo; el pagaré, en cambio, es una promesa de pago que hace el suscriptor y al mismo tiempo creador del título. Los artículos 671, ordinal 1o., y el 709, ordinal 1o., también, establecen, respectivamente, la forma como ha de incorporarse el derecho a la letra y al pagaré: en aquella bajo la modalidad de una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero (671), en éste como una promesa incondicional de pago (709). Y las dos normas emplean el mismo verbo: "deberá" (671) y "debe" (709). Los dos preceptos son, por tanto, imperativos y no admiten disquisiciones, se cumplen las exigencias y el documento surge como título-valor, o en caso contrario se da la ineficacia del documento a la luz del derecho cambiario, art. 620, sin que haya la posibilidad de la conversión del negocio o del nacimiento de un título-valor nuevo o de una metamorfosis cambiaria, como anota el doctor Peña Castrillón.¹³

Cuestión diferente es que la ineficacia cambiaria del documento, en los términos del art. 620, no afecta el negocio jurídico causal o subyacente. La declaración de voluntad contenida en el frustrado título-valor tendrá la eficacia que el derecho común le asigne y podrá, incluso, servir de título ejecutivo, según las circunstancias, previo el reconocimiento por quien o quienes lo hayan firmado, pero no será dable predicar respecto de él los efectos y las prerrogativas que el derecho cambiario establece para los títulos-valores.

Por todo lo expuesto, nos parece más acorde con nuestras normas cambiarias la tesis que niega la posibilidad de la conversión del negocio jurídico en esta materia. En efecto, la ley ha señalado en cada caso cuáles son los requisitos que suple, y si ella no lo hace ni los particulares ni el juez mismo pueden dejar de cumplir las exigencias legales, cuya inobservancia conlleva la ineficacia del documento como título valor.

Así lo impone la clara preceptiva del artículo 620: para que un documento surja como título-valor debe contener las menciones y llenar los requisitos que la ley señala, a menos que ella los supla.

En las conclusiones de su monografía el doctor Gilberto Peña Castrillón manifiesta:

"5a.) Nuestra ley de títulos-valores rechaza todo ejercicio de palingenesia o de metamorfosis cambiaria, de tal manera que un documento al que le falta un requisito previsto por la ley para que sea título-valor no alcanza la categoría de cambiario salvo, por supuesto, que la ley solucione ese defecto por la vía de la presunción o de la

12. CARRIGUES, Joaquín. Op. Cit. Pág. 132

13. PEÑA C., Gilberto. Op. Cit. Pág. 85

definición legal, caso en el cual deberá estar probado el hecho del que se deriva la presunción o la definición legal (día de la entrega; lugar de la entrega, por ejemplo). Por esto considero que una letra a la que le falta la firma del girador, o un título-valor cualquiera sin forma de vencimiento (salvo el cheque, que tiene una definición especial), no son títulos-valores. Ello, sin embargo, no afecta la existencia, eficacia y regularidad del negocio causal o justificativo del frustrado título-valor.

Con las mismas razones anteriores no puede una letra a la que le falta la firma del girador convertirse en pagaré, y para este caso concreto es improcedente la fórmula de la conversión del negocio jurídico (artículo 904) por contravenirse lo dispuesto en el art. 620 (capítulo III, 3 y 6).¹⁴

Sobre el tema es oportuno observar que no puede confundirse la pretendida conversión de los títulos valores, inadmisibles frente a las claras normas de nuestro ordenamiento mercantil, con la posibilidad prevista por el inciso segundo del artículo 634, según el cual la sola firma puesta en el título, si no se le puede atribuir otra significación, se tendrá como firma de avalista.

En el fondo lo que esta norma establece es que en ningún caso la suscripción de un título-valor puede considerarse como un acto inocuo y que cuando no sea posible establecer en qué grado o calidad intervino el suscriptor se le tendrá como avalista; empero, dicho precepto legal en modo alguno consagra la conversión del título-valor o el nacimiento de un título nuevo. Al respecto dijo el Honorable Tribunal Superior de Bucaramanga:

"Nótese cómo, de acuerdo con el artículo 621, todos los títulos valores deben satisfacer estos dos requisitos: el derecho incorporado y la firma de quien lo crea. La firma del creador no es un requisito que pueda omitirse ni es tampoco exigencia que sólo la letra de cambio deba llenar.

¿Cómo puede un título que carece de firma de su creador convertirse en un pagaré, si de todas maneras sigue adoleciendo de la misma informalidad? ¿Quién podría reputarse entonces como creador del pagaré? ¿Acaso cambiándole el mote de "letra de cambio" por el de "pagaré", aparece como por encanto, la firma de quien dio vida al instrumento?

b) Los títulos valores no son contratos ni negocios jurídicos sino bienes mercantiles y por tanto no pueden ser objeto de la conversión de que trata el art. 904 del C. de Co.; aunque en su interior contienen negocios jurídicos (cada suscriptor emite un negocio jurídico cambiario al firmar y estos negocios sí admitirían conversión) el bien mercantil no puede trocarse en otro, cuando la consecuencia que la ley pregona para la falta de formalidades es otra (la subraya es del texto).¹⁵

14. PEÑA C., Gilberto. Op. cit. págs. 85 y 86.

15. Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala de Decisión Civil. Auto de mayo 27 de 1991, Magistrado Ponente Dr. Antonio Bohórquez Orduz. Proceso ejecutivo de Reymundo Mantilla S. contra Reynaldo Alba Correa y Emma Cruz Figueroa (no publicado).

No queda duda, entonces, de que en la creación de los títulos-valores deben observarse las formalidades legalmente exigidas para esa clase de documentos, so pena de que no produzcan los efectos previstos por la legislación mercantil, como lo estatuye el artículo 620, sin que, de otra parte, haya la posibilidad de que el frustrado documento se convierta en otra clase de título-valor, tesis que nos propusimos sostener al iniciar este estudio.

10. LAS NUEVAS CONCEPCIONES SOBRE TITULOS-VALORES

Indudablemente, durante los 21 años de vigencia del código de comercio los avances científicos y tecnológicos han sido importísimos y el desarrollo de las actividades mercantiles requiere que las normas jurídicas se adapten a las nuevas condiciones socio-económicas y de mercado; temas como el depósito centralizado de valores y el de los títulos-valores electrónicos, para citar sólo dos ejemplos, están exigiendo que el legislador expida nuevas normas cambiarias para colocar el ordenamiento mercantil a tono con el desarrollo actual; sin embargo, ello no nos faculta para hacer a un lado el derecho vigente, así sus normas nos parezcan obsoletas. El respeto del estado de derecho y del orden jurídico imperante es un deber que compete especialmente a quienes como jueces o como abogados litigantes tenemos que ver con la aplicación de las leyes a los casos particulares. Esto no se opone a que si no estamos de acuerdo con esas leyes propiciemos un cambio por los cauces que el mismo ordenamiento jurídico ha previsto al efecto; pero mientras las modificaciones no se plasmen en normas legales los títulos valores, so pena de ineficacia cambiaria, deberán contener las menciones y llenar los requisitos previstos por las normas pertinentes del actual código de comercio.¹⁶

16. Puede reproducirse citando la fuente

EL COBRO DE LA CLAUSULA PENAL POR LA VIA EJECUTIVA

ANTONIO BOHORQUEZ ORDUZ

EL PROBLEMA:

Con alguna frecuencia encontramos que en los contratos, cuando se pacta una cláusula penal, los negociantes suelen agregarle que ella prestará mérito ejecutivo "sin menester de requerimientos ni declaración judicial alguna", con olvido evidente que ese tópico no se halla dentro de la órbita dispositiva de los particulares ya que el Estado se ha reservado la potestad de establecer los procedimientos judiciales y es la ley la única fuente formal de derecho capaz de determinar cuándo un instrumento presta mérito ejecutivo y cuándo no tiene esa virtud.

No pocos dolores de cabeza ha despertado el tema anunciado, tanto a abogados como a jueces; pero el propósito de este escrito no es el de servir de analgésico; por el contrario, puede suscitar mayores controversias, ya que pretendemos extraer a la ley un criterio que nos permita definir en cuáles casos la cláusula penal puede ser cobrada ejecutivamente y en cuáles es indispensable acudir al proceso declarativo (por regla general el ordinario), para su satisfacción.

Pensar, como suele encontrarse en los libelos, que toda cláusula penal puede cobrarse a través de un proceso ejecutivo, es ignorar la naturaleza del mismo. Y afirmar, como también se lee frecuentemente en providencias judiciales, que la cláusula penal es pretensión siempre sin recibo en el proceso ejecutivo, porque la naturaleza de éste no es declarativa, es esbozar una tesis que cae estruendosamente con solo contemplar el art. 492 del C. de P. C., previsor de un trámite incidental para la reducción de la pena. Por lo visto, sí es posible el cobro de la cláusula penal en el proceso ejecutivo; de lo contrario no tendría sentido la entronización de tal incidente; sólo que la naturaleza muy propia de este proceso no permite que quepa en todos los casos.

FUNDAMENTOS BASICOS:

Creemos que para acometer con éxito la tarea de resolver el problema propuesto, es preciso estudiar conjuntamente las normas procesales y las sustanciales, para descubrir entre ellas la debida correspondencia y armonía. En el planteamiento del asunto, vamos a girar en torno a dos tópicos esenciales: la naturaleza del proceso ejecutivo y la naturaleza de la cláusula penal (si es pena o es indemnización de perjuicios pactada por anticipado y la distinción entre pacto por perjuicios moratorios y por compensatorios).

De la cláusula penal podemos decir que hay dos especies de ella, posibles en nuestro derecho, de connotación diversa : a) Como pacto anticipado de perjuicios: esta naturaleza se presume de toda cláusula penal según se desprende de los arts. 1594, 1596 y 1600 del C.C. A su vez, esta especie de cláusula penal admite dos modalidades: la que se

refiere a los perjuicios compensatorios (por la inejecución del contrato) y la que atañe a los perjuicios moratorios; reclamable aún por el simple retardo, pero habiéndose pactado expresamente. Si la cláusula no es expresamente moratoria se entenderá compensatoria, de acuerdo con las reglas del art. 1.594 del C.C. (En efecto, la cláusula penal, de acuerdo con este artículo, no puede cobrarse junto con la obligación principal, pues siempre reemplaza la no ejecución de ésta: es compensatoria; en los casos en que la cláusula penal compensatoria es de un valor muy bajo, inferior al monto de los perjuicios, el acreedor puede optar por éstos y desechar aquélla, según lo autoriza el artículo 1600, ib.); pero si las partes estipulan expresamente que la cláusula penal se deberá por el simple retardo o, dicho de otra manera, que el pago de la obligación principal no exonera el de la cláusula penal, constituirá cláusula penal moratoria (también en este caso puede el acreedor optar entre cláusula penal o perjuicios, según el art. 1600, ib). Por otra parte está la cláusula penal, entendida como sanción o pena propiamente, naturaleza que nuestro legislador reservó para el evento en que las partes así lo estipulen (art. 1600, ib), caso en el cual puede cobrarse junto con los perjuicios; en esta hipótesis es indispensable también el pacto expreso.

Y en lo tocante con la naturaleza del proceso ejecutivo, es cierto que éste es el que permite a una parte satisfacer materialmente una obligación clara, expresa y exigible a cargo de su demandado y no es un proceso declarativo, ab initio. Como se sabe de sobra, tales obligaciones deben constar en documentos que provengan del deudor -o su causante- y deben tener la categoría de prueba plena. De ahí que de los dominios del mandamiento ejecutivo estén proscritas las resoluciones declarativas de derechos; por tanto, aquí no caben discusiones probatorias o evaluación de medios de convicción distintos al título ejecutivo, el cual ha de ser tan indiscutible que de su sola presencia dimane naturalmente el mandato de solución. No es el auto que ordena el pago, por consiguiente, la coyuntura adecuada para que se determine si un contratante ha ejecutado o no determinadas prestaciones y si, en consecuencia, debe o no una cláusula penal, ni pueden las partes, con una convención entre ellas, dar al juez tal poder declarativo para el mandamiento de pago que nunca le ha dado la ley.

EL CRITERIO PROPUESTO:

Teniendo presentes estos dos elementos, tanto la naturaleza de los pleitos de ejecución como la de la cláusula penal, podemos determinar cuándo es y cuándo no es posible cobrar ésta en un juicio ejecutivo, pues no queremos decir con el párrafo anterior que la cláusula penal nunca pueda cobrarse en esta clase de procesos, ya que lo que ocurre en verdad es que unas veces lo es y otras no. Si bien es cierto que el proceso ejecutivo no es útil para obtener la declaratoria de unos derechos inciertos, no por ello se excluye de él el cobro de la cláusula penal.

Al quedar claro que sí puede cobrarse, es necesario determinar cuándo. Sobre el particular, hemos encontrado que puede estructurarse un criterio según la siguiente ilación: No puede perderse de vista que el código de procedimiento civil permite el cobro de perjuicios estimados unilateralmente bajo juramento en los artículos 493 (moratorios), 494 (compensatorios), 495 (compensatorios), 499.1, 499.2 y 499.3 (moratorios), 499.3

(compensatorios), 500.1 (moratorios), 500.3 (compensatorios), 501.1 (moratorios), 502.1 (moratorios) y 502.3 (compensatorios). En tales casos, la estimación unilateral de perjuicios podrá ser controvertida en los términos del artículo 506, ib. Tal visión panorámica nos induce a pensar que, si la ley permite el cobro de perjuicios estimados unilateralmente bajo juramento, con mayor razón será viable el cobro de aquellos perjuicios que ambas partes han mensurado por convenio.

Siguiendo la orientación de las normas citadas, en armonía con la naturaleza del proceso ejecutivo, la cláusula penal será ejecutable, en los casos en que, en idénticas circunstancias, la ley permite el reclamo coercitivo de perjuicios. Veamos: como con el proceso ejecutivo se persigue el cumplimiento, por regla general queda excluida de esta solución procesal la cláusula penal equivalente a perjuicios compensatorios (ya que, aún en caso de mora, no puede cobrarse la prestación principal junto con la cláusula penal), salvo que se trate de obligaciones de no hacer (art. 494) u obligaciones de dar bienes muebles distintos de dinero o de ejecutar o no ejecutar un hecho (art. 495 -norma general-) u obligaciones de hacer (art. 500.3), pues en estos casos sería de recibo, en subsidio - y sólo en subsidio-, de la destrucción de lo hecho, en el primer ejemplo, o de la inejecución, en los otros dos. Para el caso de las obligaciones de hacer consistentes en suscribir documentos (art. 501, ib), la ejecución por perjuicios compensatorios es viable (y en consecuencia lo es la cláusula penal compensatoria) en subsidio de la obligación principal con apoyo en la norma genérica del art. 495, ib, puesto que el art. 501 no la menciona. En sentencia de julio 10 de 1992 y en auto del 24 de julio del mismo año, el Tribunal de Bucaramanga llegó a idéntica conclusión: el cobro de perjuicios compensatorios por la vía ejecutiva sólo es viable como pretensión subsidiaria; el demandante para ello debe optar por el cumplimiento, en los términos del artículo 1546 del C. C. y en subsidio pedir, estimados bajo juramento, los perjuicios que le fueron irrogados -o reclamar la cláusula penal compensatoria-. Pero ni aquéllos ni ésta pueden cobrarse como pretensión principal, pues implicaría que el juez tendría que proferir una condena en el auto de mandamiento ejecutivo.

Por su parte, la cláusula penal pactada expresamente como moratoria o por el simple retardo y que, por tanto, puede aparejarse a la obligación principal, es susceptible de cobro mediante proceso ejecutivo en los casos y en la medida en que el legislador admita también el cobro de perjuicios moratorios: en obligaciones de dar cosa mueble distinta de dinero (art. 493 y 499, ib), en obligaciones de hacer (500.1 y 500.3, ib.) y en obligaciones de no hacer (502.1, ib.).

Nótese que el legislador, aunque sigue la milenaria clasificación de las obligaciones (dar, hacer y no hacer), aísla la obligación dineraria. Tal tratamiento es evidente en los arts. 495 y 499, en los cuales expresamente la excluye; además, en los arts. 491 y 498 no se contempla el cobro de perjuicios, ni moratorios ni compensatorios, puesto que los perjuicios por la mora en el pago de sumas de dinero no son otros que los intereses moratorios (art. 1617 del C.C.) y casos hay en los que la cláusula penal podría ser ilegal. (Como cuando con ella se disfrazan unos intereses moratorios exorbitantes). Sin embargo, también puede darse el evento en que un acreedor tenga derecho a reclamar la cifra dineraria junto con intereses de mora más perjuicios (o cláusula penal o ambos

rubros, si así se pactó); en tales hipótesis podrá ejecutar por aquélla (la prestación principal e intereses moratorios), mas no por ésta (perjuicios o cláusula penal) ya que para ésta requiere de una declaración judicial condenatoria en contra de su reclamado: deberá acudir, previamente, al proceso declarativo. Mientras no se reconozca en una sentencia esta cláusula penal no será ni clara ni exigible.

SUMMA:

En resumen, como la cláusula penal es por regla general una estimación anticipada de perjuicios, el único criterio que nos orienta hacia saber cuándo es susceptible de cobrarse por la vía ejecutiva es el que viene marcado por la naturaleza de la cláusula: en los eventos -ya indicados atrás- en que la ley permite cobrar ejecutivamente los perjuicios, compensatorios o moratorios, en ellos será posible el cobro de la cláusula penal compensatoria o moratoria, respectivamente, bajo el resorte de tal especie de proceso. En los demás es preciso acudir al proceso declarativo, pues en todos ellos es necesario que el juez haga una valoración probatoria para proferir una condena, lo cual es actividad judicial ajena por completo al proceso ejecutivo, más particularmente, al auto de mandamiento de pago.

El pensamiento de la Sala Civil del Tribunal de Bucaramanga se ha enrubado por estos senderos; pueden consultarse al respecto las siguientes providencias: auto de enero 25 de 1990 y, particularmente, el de octubre 13 de 1992. En esta última, el Tribunal acogió el criterio que hemos esbozado en los párrafos precedentes. No creemos por ello que se trate de una tesis incuestionable; solo hemos procurado contribuir con un grano de arena en los objetivos de la revista de nuestra facultad: incentivar el afán de estudio e investigación de temas jurídicos en sus estamentos.

FACULTAD
DE
DERECHO

A

REA DE DERECHO PENAL

T E M A S
SOCIO-JURIDICOS

VIOLENCIA, CRIMINALIDAD, POLITICA CRIMINAL

Por OMAR HERRERA ARIZA

Las impresionantes manifestaciones de violencia, criminalidad y conflicto social que caracterizan estos últimos años del discurrir nacional, justamente bajo el gobierno que se inauguró con el lema de "Bienvenidos al futuro", obligan a elementales reflexiones sobre esta dramática situación referidas a las formas como el Estado y el Gobierno han pretendido enfrentar -que no resolver- los problemas que, con distintos orígenes, confluyen para hacer prácticamente imposible la convivencia civilizada de los colombianos.

Se trata, en el reducido marco de este escrito, de intentar una superficial aproximación al examen de los mecanismos que, a manera de Política Criminal, han venido siendo utilizados para reprimir y controlar o intentar controlar fenómenos delincuenciales tales como el homicidio, la subversión, el narcotráfico y el narcoterrorismo, el secuestro y las demás manifestaciones delictivas, para ver de entender si los mismos se revelan o no eficaces.

Dígase en primer lugar, como con razón lo anotara el Procurador Arrieta, que "la historia legislativa del país demuestra que desde el inicio de la vida republicana, la principal vía a la que han acudido los distintos gobiernos para solucionar los conflictos de diverso orden que han conmocionado al Estado de Derecho, ha sido la del incremento de penas privativas de la libertad" (*).

Pero tal política, después de muchos años de ejercicio e independientemente de la dureza de la legislación, presenta circunstancias como las siguientes: El fenómeno subversivo, combatido con la estrategia del "garrote y la zanahoria", que no impidió la más extrema militarización de la vida nacional, lejos de haberse controlado presenta, en solo término de vidas sacrificadas, la escalofriante cifra de 1.546 muertos entre militares, policías y guerrilleros sólo entre los meses de enero a noviembre de 1992, dato éste que no contiene información sobre las víctimas de la población civil. (*).

El narcotráfico y el narcoterrorismo, independientemente de espectaculares operativos y sensacionalistas titulares de prensa, siguen gravitando con todas sus dolorosas consecuencias sobre la vida y la economía nacionales. La fuga de Pablo Escobar, ocurrida en circunstancias bien conocidas, puso de presente el fracaso gubernamental no sólo en cuanto a su política de "sometimiento a la justicia" sino, además en todo cuanto hace relación a la contención de esos fenómenos.

Y en materia de respeto al supremo derecho de los ciudadanos, la vida, el panorama

* Carta del Procurador General al Presidente Gaviria. EL TIEMPO, martes 19 de enero de 1993.

* Cien días. Volumen 5, Pág. 17. Octubre - Diciembre 1992.

para la población civil no puede ser más desolador: Según datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, en el año de 1991 fueron muertos 29.413 colombianos. Esto significa que a lo largo de ese año, que no fue justamente el más violento, murieron 2.451 ciudadanos al mes, 565 a la semana y 80 al día. Por eso el homicidio, según el DANE, sigue siendo la principal causa de muerte entre la población adulta colombiana.*

Pero si en materia de homicidios la situación es tan grave, otro tanto ha de decirse en relación con el secuestro, calificado por algunos sectores como "una inmensa tragedia nacional" y cuyas cifras y datos estadísticos se presentaron ante el Congreso de la República así: "En el período comprendido entre 1964 y 1991 se cometieron en el país 7.453 secuestros.

"Solamente en el año de 1991 se registraron 1.408 secuestros." "En promedio sólo el 12% de los casos culminan con el rescate de la víctima: el 10% de los secuestrados son asesinados y el 45% liberados tras el pago de una suma millonaria"...

Ante este injusto e inhumano estado de cosas el Gobierno y el Estado en su conjunto reaccionan en forma por lo menos cuestionable: Apelando, como siempre, al expediente de la conmoción interior, la profusión legislativa, el incremento de las penas, la modificación de los tipos penales, el uso de la represión, la declaratoria de "guerra integral" con las consiguientes consecuencias sobre la economía y todos los aspectos de la vida colectiva, sin que, hasta ahora, se aprecien resultados positivos en el objetivo de devolver a los colombianos ni la paz ni la seguridad.

Bajo el amparo de la figura de la Conmoción Interior, aún sin reglamentar por el Congreso, el Gobierno ha expedido en los últimos noventa días 29 decretos, sancionó el llamado "Estatuto Nacional contra el Secuestro" y tomó múltiples determinaciones, todo en el marco de una nueva (?) estrategia de combate contra las más agudas manifestaciones delictivas. A una opinión pública cada vez más atemorizada, se le quiere dar la sensación de que existe una Autoridad y una Política Criminal frente al crimen, pues, según el Ministro de Justicia, Andrés González, con la explosión legislativa se pretende "un giro total en materia de política criminal del Estado, creando mecanismos que conducen a la eficacia de la administración de justicia".*

Empero, no parece haber muchas razones de optimismo en lo que el Ministro de Justicia llama nueva política criminal. En efecto, con abstracción total de las causas estructurales del delito y debilitando, en cambio, la presencia del Estado en materias económicas y sociales, el Gobierno pretende enfrentar la criminalidad con el mismo y desgastado instrumento que criticara el Procurador: el régimen penológico, sólo que ahora adobado con las figuras de la negociación de penas y la delación pagada con dinero o con perdones judiciales, en el marco de la discutible (por sus resultados y sus

* Nova et Vetera. Boletín del Instituto de Derechos Humanos Guillermo Cano. No. 14. Pág. 1.

* Exposición de motivos. Proyecto de ley antisequestro.

* EL TIEMPO. Domingo 7 de febrero. Página 3A.

fundamentos político filosóficos) Justicia "sin rostro".

Vale la pena, en consecuencia, examinar si esa avalancha de normas ("decretitis", expresión de la "macrocefalia administrativa" como la llamó, con razón, el ex-presidente Lleras Restrepo), permite esperar a los colombianos una razonable contención de la violencia y la criminalidad.

Al respecto, todo parece indicar que para mal de la sociedad colombiana, es muy poco lo que habrá de lograrse: ante todo, porque la violencia, el secuestro y otras formas de criminalidad apenas si son expresión del profundo conflicto estructural que desgarró a la sociedad colombiana y la represión, no importa si expresada en acciones militares o en drástica legislación, se ha revelado hasta el momento totalmente ineficaz. A la drástica del Estatuto de Seguridad del Dr. Turbay, supuestamente expedido para combatir el narcotráfico y la subversión, siguió el fortalecimiento de los alzados en armas y la consolidación de los carteles de la droga. Los Estatutos de Defensa de la Democracia y de Defensa de la Justicia, aparte de haber acentuado los rasgos de autoritarismo en la justicia colombiana, pocos resultados prácticos han logrado en el propósito de contener la criminalidad.

Es que, contrario a lo que cree el Ministro de Justicia, una política criminal moderna y democrática ha de prospectarse a partir de tres consideraciones básicas:

1. Asumir las manifestaciones delictivas con criterio realista, lo que supone abandonar la utópica pretensión de erradicar el crimen y, en su lugar proponer una meta más modesta pero realizable: controlar razonablemente sus diversas expresiones, asumiendo su inevitabilidad. Una sociedad como la colombiana no puede pagar el precio elevado que exige la "paz de los cementerios".

2. El control del delito no puede descansar sistemáticamente sobre la pena como instrumento disuasorio. Se trata, al contrario, de construir una política criminal científica en la que el Derecho Penal, cuya necesidad sería necio negar, actúe sólo como "última ratio" y su intervención, mínima y legalizada, sea solo subsidiaria en atención a su elevado costo social y a que su propia efectividad como estrategia para solucionar los conflictos sociales dista mucho de ser una verdad.

3. Es necesario, antes de elaborar decretos por docenas, conocer y explicar científicamente el crimen, su génesis, su dinámica. Pero no para reprimirlo mejor, sino para prevenirlo. No se trata sólo -ni sobre todo- de mejorar el funcionamiento y la efectividad del sistema legal con una Fiscalía Omnipotente, sino de llevar a cabo oportunos programas de prevención primaria y secundaria, neutralizando los factores criminógenos y anticipándose al delito mismo. Leyes más severas, más fiscales, más jueces, más policías, más cárceles..., como recuerda algún autor, puede significar más reclusos, pero no necesariamente menos delitos. Procede, además, ampliar y mejorar los posibles objetos de intervención. La política penal opera exclusivamente en el infractor potencial tratando de disuadirlo mediante el contraestímulo psicológico del castigo. Pero eso, como lo muestra la experiencia colombiana de los últimos cuarenta años, no sólo no es suficiente sino que, definitivamente, no sirve. Véanse, por ejemplo, los trescientos

mil muertos de la llamada "Violencia" de los años cincuenta, cuando las normas penales se demostraron definitivamente incapaces de prevenir semejante holocausto o de sancionar a sus responsables. Y, para abundar, ¿de qué han servido, en la hora actual, las amenazas de penas severas frente al desbordamiento de la violencia y el crimen?

Por eso los veintinueve decretos dictados en los últimos noventa días bajo el amparo de la conmoción interior poca esperanza pueden ofrecer a los colombianos.

De lo que se trata es de construir una verdadera política criminal, que no la ha habido y que no existe dentro de los planes del actual Gobierno, pues que frente al delito se ha limitado a respuestas coyunturales y emocionales (como el Estatuto Antisecuestro), condenadas, por eso, a generar mayores frustraciones a la sociedad colombiana. Una verdadera política criminal puede y debe intervenir también en el espacio físico, en el entorno social, en colectivos que exhiben elevados riesgos de victimización, en las estructuras económicas de la nación para corregir situaciones de inequidad que están en la base de la cadena causal del delito. Pero esa intervención sobre la estructura socioeconómica, en estos tiempos de neoliberalismo, de pretensiones reduccionistas sobre el papel del Estado, no parece ser siquiera objeto de consideración por parte de los prolíficos hacedores de decretos que asesoran con juveniles ímpetus al Presidente Gaviria.

ALBERTO SUAREZ SANCHEZ **

1. INTRODUCCION

Antes de adentrarnos en el estudio del principio de la igualdad frente al derecho penal, es necesario que nos detengamos, así sea someramente, en el análisis de los elementos del Estado Social de Derecho, para lo cual forzosamente hay que hacer referencia al Estado demo-liberal, pues en ambos se erige como postulado fundamental la igualdad, pero con un sentido totalmente distinto, porque mientras en el Estado de Derecho no pasa de ser una simple formulación, pues es sólo una retórica ante la ley, en el Estado Social de Derecho se le da un contenido material llenándole de realidad para hacerlo actuante ante la vida.

2. DEL ESTADO DEMOLIBERAL AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Innegablemente nos encontramos ante un momento histórico caracterizado por grandes transformaciones en distintos aspectos y sectores, como el cultural, el económico, el social, el internacional, etc., y el Estado no puede escapar a esta fundamental transformación y que, con o sin revoluciones políticas violentas, la estructura y función estatales han de sufrir también las correspondientes mutaciones.

Los valores básicos del Estado democrático-liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio.

La libertad traducida en una libre competencia de las fuerzas económico-sociales, halla una limitante en las relaciones de propiedad, las que se traducen originalmente en una dominación de las cosas pero al final se transforman en estratificación de clases, trayendo como consecuencia la dependencia, la servidumbre y la indigencia física y moral, extendiéndose, en últimas, la dominación a las personas, aparejando ello una igualdad formal, porque se queda como simple postulado, sin contenido y sin eficacia.

Esa situación de dependencia y de miseria riñe con la realización de los fines e intereses del Estado, porque el fortalecimiento de éste marcha paralelamente con el nivel moral y material de los ciudadanos, viéndose amenazada la estabilidad del Estado al ser sacudida en sus bases por sismos sociales, los cuales tienen como epicentro la

* Conferencia dictada en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal, celebradas en la Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, Agosto de 1992.

** Profesor de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

conciencia de su situación adquirida por las clases oprimidas, como producto del nivel cultural alcanzado al tener acceso a conocimiento.

Con razón apunta GARCIA-PELAYO¹ : "Por consiguiente la corrección del Estado de los defectos disfuncionales de la sociedad industrial competitiva no es sólo una exigencia ética, sino también una necesidad histórica, pues, hay que optar necesariamente entre la revolución o la reforma social. Las formas políticas del futuro serán o bien la democracia social, caracterizada desde el punto de vista constitucional por el sufragio universal y desde el punto de vista administrativo por su orientación hacia la neutralización de las desigualdades sociales... La clase posesora adquirirá conciencia de que 'su propio supremo y bien entendido interés' exige la reforma social, exige sustituir el interés parcializado por un sistema global de intereses recíprocos".

HERMANN HELLER² , detecta el problema de la crisis de la democracia y del Estado de Derecho, al que considera que es preciso salvar de la irracionalidad del sistema capitalista, generadora de un nuevo feudalismo económico del cual es encubridor el Estado formal de Derecho. Este pensador alemán encuentra que la solución no está en renunciar al Estado de Derecho, sino en dar a éste un contenido económico y social, realizar dentro de su marco un nuevo orden laboral y de distribución de bienes. Es así como plantea que sólo el Estado Social de Derecho puede ser una alternativa válida frente a tal anarquía económica, siendo, entonces, la salida política para salvar los valores de la civilización³ .

Surge así el Estado Social de Derecho como una superación del Estado liberal, suponiendo ello un mayor intervencionismo estatal, cumpliendo mediante la limitante del Derecho una función orientada a crear condiciones de igualdad y libertad, que el hombre no puede cumplir con esfuerzos individuales, debiendo regular el derecho a la actividad económica, industrial y mercantil, apareciendo así unos nuevos derechos fundamentales de carácter económico social y cultural que se suman a los viejos derechos individuales⁴ . El Estado Social supone, por consiguiente, reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, incorporando nuevos derechos, para lo cual intervienen los poderes públicos en la organización del modelo económico, el que ha de subordinarse al interés general.

Por consiguiente, el Estado Social Democrático no solo no niega los valores del Estado Democrático-Liberal (libertad, igualdad, seguridad jurídica, etc.), sino que los reafirma y pretende hacerlos más efectivos y reales ante la vida, impregnándolos de un contenido material, para lo cual arranca del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías atomizadas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca, de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro.

1 GARCIA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Alianza Editorial, Madrid, 1.980.

2 Citado por GARCIA-PELAYO, ob. cit. p. 16.

3 Ob. cit. p. 17.

4 Cfr. PECES-BARBA, Gregorio. Los valores superiores, Tecnos, Madrid, 1.986, p. 59.

Ya no se tiene a la libertad como una exigencia de la dignidad humana, sino que tal dignidad es imprescindible condición para la concreción de la libertad y la igualdad. De modo que la dignidad humana deja de ser un fin para convertirse en una condición. La propiedad ve una limitante en la materialización de supuestos socioeconómicos; no basta, entonces, una seguridad formal sino que debe marchar paralelamente con la igualdad para asegurar unas condiciones vitales mínimas con miras a lograr una superación de las desigualdades socioeconómicas, pues aparecen conceptos como el salario mínimo, la seguridad social, la atención médica, etc., y ya la participación en la formación de la voluntad estatal no se traduce simplemente en el derecho al sufragio sino en una participación en la democracia interna de las organizaciones para asegurar un colectivo disfrute del producto nacional⁵ .

Se dice, entonces, que el Estado Social, históricamente, es el intento de acomodamiento del Estado tradicional (liberal burgués) a las condiciones sociales de la comunidad industrial y post-industrial, pues mientras aquel se limitaba a la prédica de derecho sin asignación de contenido, éste se empeña en la materialización de los bienes jurídicos, caracterizando al primero la inhibición en tanto que al segundo lo identifica la acción, procurando acortar distancias entre las diversas clases sociales.

El Estado social se señala una meta más, la llamada por los alemanes "procura existencial", noción que en su origen es formulada por FORSTHOF⁶ , según la cual el hombre desarrolla su existencia dentro de un entorno que le brinda suficientes bienes y servicios, denominado espacio vital, el que tiene una doble clasificación: el espacio vital dominado, constituido por el que el individuo construye y domina por sí solo y el espacio efectivo, conformado por el conjunto de bienes y posibilidades, de las cuales se beneficia, sin que tenga control sobre ellos.

La procura para la existencia a cargo del Estado se entiende como la garantía de las libertades del individuo dentro de un ámbito de igualdad, para lo cual hay que propiciar las condiciones de autodeterminación del hombre, sin que se trate de una protección estatal a través de ayuda económica que se traduzca en óbice para el auténtico desarrollo de la personalidad, dando como resultados la alienación, pues no puede supeditarse la procura a la renuncia a la posibilidad de despliegue de las potencialidades de la personalidad, (E.R. HUBBER)⁷ .

Ya el Estado no se concibe como una organización, configurada para la consecución de unos fines y objetivos previamente planteados⁸ y construída sobre el supuesto de las relaciones de supra y subordinación, opuesta a la sociedad que, en cambio, era considerada como un orden sin planteamiento previo de fines y sin modelo, de estructura horizontal (en contraposición a la del Estado dotado de estructura vertical o jerárquica). Pues, una de las características del orden político liberal era no sólo la separación sino

5 Cfr. GARCIA-PELAYO, ob. cit. p. 26.

6 Cfr. GARCIA-PELAYO, ob. cit. p. 27.

7 Cfr. GARCIA-PELAYO, ob. cit. p. 28.

8 Cfr. GARCIA-PELAYO, ob. cit. p. 132.

el antagonismo entre Estado y Sociedad, a los cuales se les daba autonomía, imposibilitándose al Estado intervenir frente a los problemas económicos y sociales, siendo un simple espectador de los resultados de la oferta y la demanda, interviniendo, excepcionalmente, para superar los escollos que mortificarán el accionar de la autorregulación de la sociedad. Por el contrario, el Estado Social ha de preocuparse por neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado, constituyéndose en el regulador definitivo de todo el sistema social, de modo que Estado y sociedad ya no son sistemas autónomos, que procesan sus propios productos; sino dos sistemas fuertemente interrelacionados entre sí a través de complejas relaciones, constitutivos de un metasistema en el cual cada uno de ellos sirve a objetivos complementarios, que, sin renunciar a la autonomía, de todas maneras tienen cualidades y principios compartidos.⁹

En el Estado social, la realización del socialismo se lleva a cabo "respetando las mencionadas exigencias fundamentales del Estado de Derecho imperio de la ley; ley como expresión de la voluntad general, división de poderes y legalidad de la Administración como mecanismos jurídicos antitotalitarios; y, finalmente, respeto, garantía y realización material de los derechos y libertades fundamentales".¹⁰

Se trata de un Estado que concilia el desarrollo de la condición de la vida social con el de la dignidad del hombre, como "dinámica de la libertad, desde la libertad inicial o psicológica a la libertad moral o libertad final, a través de la creación de una organización social adecuada a esos objetivos y esa organización busca integrar, en síntesis abierta, las conquistas liberales y las socialistas, frente a aquellas posiciones de ambas corrientes que proclamaban incompatibilidad. El Estado social y democrático de Derecho es la expresión de una organización de Poder que considera compatible liberalismo y socialismo"¹¹.

3. LA NOCIÓN DE PRINCIPIO FUNDAMENTAL

En el umbral mismo de la Constitución, encontramos definidos los valores superiores, pues en el preámbulo se dispone que la Constitución tiene como finalidad fortalecer la unidad de la nación y asegurar la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, todo ello dentro de un marco jurídico, democrático y participativo.

Son los principios y derechos fundamentales los objetivos generales a alcanzar por el Estado Social de Derecho Colombiano a través del ordenamiento jurídico, propuestos por el constituyente, expresión de soberanía y producto acabado del acuerdo mayoritario, pacto éste que no se celebró a puerta cerrada entre teóricos ciudadanos, sino en un ágora moderna, entre las diversas fuerzas sociales, partidos políticos, gremios y demás grupos que pusieron en marcha el sistema de convivencia de la Constitución. El histórico

9 Cfr. GARCIA-PELAYO, ob. cit. p. 25.

10 DIAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática; Aurus, 8 edic., Madrid, 1.981, p. 54.

11 PECES-BARBA, ob. cit. p. 63.

y gran acuerdo que se plasma en la Constitución y que tiene su base en los principios y derechos fundamentales no tiene, por lo tanto, nada de ejercicio académico o intelectual, de abstracto ni de ideal, pues sitúa a los colombianos en el sendero de la sociedad actual, con todo lo que ello supone.

Por tanto, son éstos los faros que explican e interpretan la voluntad del constituyente, lo cual sirve como punto de inspiración para todo el resto del ordenamiento jurídico, pero al mismo tiempo son límites para el desarrollo de tal ordenamiento, pues vimos que ya quedan atrás los tiempos de las simples concepciones formales en pos de la consolidación de elementos materiales para el entendimiento y formación de dichos valores.

Al igual que otras sociedades, nos habíamos llenado de razones para convencernos de que la realización de la condición humana no puede dejarse sólo a la capacidad individual, por ser tan dispareja la lucha y por serle esquivas a la gran mayoría las metas trazadas en tal sentido, necesitando unas condiciones en la vida real que hagan posible y exitoso ese esfuerzo moral. Por la realidad agobiante de las necesidades en que el hombre vive, lo mismo que por la escasez y la existencia de los demás hombres que le compiten en esa escasez, se ha forjado en el mundo moderno una concepción democrática, que permita afrontar ese panorama sobre la base de la libertad, la igualdad y la participación en el poder.

Pudiera pensarse que la referencia a estos valores como fines a alcanzar por la Constitución no tienen fuerza vinculante y que carecen de valor normativo al instalarse en el preámbulo, antecedendo a la misma Carta, pues en él se afirma que con tal telos se decreta, sanciona y promulga la Constitución.

Con todo, tales valores superiores se plasman en norma básica porque en el pósito de la Constitución, concretamente en el Art. 1, se dispone que Colombia, como Estado Social de Derecho se funda en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general, lo cual solamente se logra mediante la concreción de tales valores superiores, los cuales son desarrollados en el mismo marco de la Constitución, pues hoy por hoy no podemos entender el respeto de la dignidad humana sin ligarla indisolublemente a los valores de justicia, igualdad, libertad, pluralismo político, trabajo, conocimiento y paz.

Son el resultado de luchas ideológicas y son, por consiguiente, una síntesis de la historia de la comunidad y de la historia de la cultura jurídica y política antes de 1991, año de expedición de la Constitución, que por voluntad del legislador constituyente se convierten en derecho positivo. Identifican el actual sistema político expresado en la Constitución, y señalan las metas del consenso para la realización del objetivo básico del Estado Social del Derecho, consistente en el desarrollo de la dignidad del hombre inmerso en la vida social, buscando la plenitud de esa dignidad. Se erigen como norma jurídica, para ser vinculados expresamente al derecho.

Al ser situados estos conceptos en el contexto del ordenamiento jurídico se facilita su comprensión desde una óptica normativa, aclarándose, sí, que los principios

fundamentales poseen un contenido conceptual que no se queda en su campo simplemente normativo, sino que lo excede y bebe en las fuentes de la moralidad. No es un concepto inmanente que se agote en sí mismo sino, por el contrario, un concepto trascendente que va más allá de los hitos señalados por la misma norma para convertirse en una moralidad con funciones críticas sobre tales valores positivizados, para que cada día presionen más a fin de ampliar su cobertura hasta lograr una real materialización, pues son "un plebiscito cotidiano, que trasciende el lenguaje prescriptivo y renueva cada día las ampliaciones expresivas del precepto"¹².

Esto obliga a los distintos operadores jurídicos a desarrollar la efectividad de estos valores superiores, acatándolos como normas y que como tales ya en la misma Constitución encuentran concreción a través de los derechos fundamentales. Es bueno que los destinatarios se sientan obligados no sólo jurídicamente sino también por su personal ánimo a desarrollarlos, por ser compromisarios de la realización material de los principios y derechos fundamentales.

El legislador constituyente indudablemente ha dado un salto largo en la interpretación y formulación de tales principios, pero la tarea por venir es la más dispendiosa e importante para no frustrar las aspiraciones de aquel, correspondiéndole a jueces, fiscales y al legislador ordinario extender su desarrollo, pues no son valores cerrados que, como se dijo, se agoten simplemente en la norma, pues evolucionan y hallan su perfil a lo largo de la historia.

La ubicación dentro del texto de la Constitución nos indica que estamos frente a una auténtica norma jurídica básica, de la cual dependen todas las demás normas, pues no puede desconocerse que dentro de la misma Constitución se dan disposiciones de mejor familia, porque la misma Constitución tiende a adoptar idéntica forma piramidal a la de la construcción jerárquica del ordenamiento de origen kelseniano.

Como normas jurídicas que son el art. 1 y las demás que lo desarrollan, tienen un carácter normativo, no pudiendo vérselos simplemente como consejos, como un ideal, sino que son de imperiosa obligación para todos los destinatarios de las normas. Entre las normas de la Constitución el art. 1. ocupa un lugar primordial, puesto que muchas otras, especialmente las que consagran los derechos fundamentales están al servicio de su desarrollo. Puede calificarse de ideal en cuanto que constituyen los objetivos mayúsculos a desarrollar por el Estado Social de Derecho, como expresión de una moralidad mayoritaria aceptada en el ámbito cultural de Colombia y en el crucial momento histórico. Para el ciudadano son tan importantes estas normas porque son el norte trazado para su propio desarrollo a través del derecho. Tal vez aún no nos hemos apersonado que constituyen una gran innovación en la cultura jurídica y política de Colombia, con consecuencias que aún no se puede predecir.

Con Luciano Parejo¹³, a algunos de estos valores superiores los ponemos en

12 PECES-BARBA, ob. cit. p. 97.

13 PAREJO, Luciano. Estado Social y Administración Pública, Civitas, Madrid, 1.983, p. 65.

correspondencia con los conceptos definitorios del Estado, así: el principio de Estado de Derecho con la libertad y el principio de Estado Social con el valor igualdad, suponiendo, entonces, ellos el límite del ordenamiento, al cual tiene que ajustarse el resto de la normatividad y sujetarse todos los operadores jurídicos.

Tales principios fundamentales tienen un carácter totalizante mientras que los demás principios (los señalados en los derechos fundamentales) son parcelas que se constituyen en soporte para interpretar tales aspectos. Se les llama la moral interna del Derecho, como lo sostiene PECES-BARBA¹⁴, porque constituyen los rasgos característicos de un sistema jurídico propio de una sociedad democrática, pues a pesar de que no se señala expresamente la característica de Estado Democrático, ello se deduce del principio del pluralismo señalado por el art. 1, pues el principio democrático siempre está en una relación directa con el pluralismo político.

El que se utilice la expresión principio fundamental, no quiere significar una invasión naturalista, sino llamar la atención sobre diferencias entre ciencias naturales y ciencias culturales. No puede perderse de vista que si la finalidad del constituyente es fijar los supremos objetivos a realizar por el Derecho, ello se debe a que desea superar la ética formal de que todo derecho regularmente creado es justo¹⁵, pues por el contrario se busca introducir criterios materiales como resultado de aquel histórico máximo acuerdo social. La utilización del término "principio" no puede desconcertarnos por creer que sugiere la idea de la existencia de unos conceptos a priori, los cuales el derecho positivo tenía que garantizar con sujeción a un naturalismo idealista que coloca en un segundo lugar al derecho positivo, como tampoco se puede afirmar que se trata de la adhesión a un positivismo totalmente impermeable a los valores^{15 bis}, pues son positivización de valores, positivización de ideales de la cultura nuestra, la cual aspira a contemporizar con la cultura del mundo moderno.

Valederas razones existen para creer que el sistema de valores, principios y derechos fundamentales que se propugna en la Constitución se polarizan por los de libertad e igualdad. Existiendo, además puntos de convergencia entre la libertad y la igualdad, pues la libertad para el ejercicio de un derecho supone necesariamente la existencia de condiciones igualitarias, razón por la cual se suele hablar de libertad igualitaria¹⁶, como principio que sintetiza los dos centrales de nuestro sistema.

4. EL DERECHO DE LA IGUALDAD

Se trata de un valor superior que nuestra Constitución incluye como inseparable del de la libertad.

PECES-BARBA¹⁷, considera que desde el punto de vista del status del individuo en la sociedad, aquel tiene varias perspectivas de realización. En primer término, desde

14 Ob. cit. p. 42.

15 PECES-BARBA, ob. cit. p. 51.

15 bis Ibidem

16 Cfr. PECES-BARBA ob. cit. p. 138.

17 Ob. cit. pp. 136 y ss.

la libertad- autonomía, entendida como la creación de condiciones jurídicas para que la persona tenga un ámbito de actuación social, sin percibir injerencias de las demás, ni de los grupos sociales, ni del Estado mismo, forjando la libertad psicológica y la libertad moral, las cuales se plasman en nuestra Constitución a través de los derechos fundamentales. El segundo nivel, consiste en la libertad-participación, la cual permite la intervención de las personas en la organización del poder, en el señalamiento de los lineamientos de la forma de gobierno o de los servicios públicos que inciden en el mejoramiento o desmejoramiento de la calidad de vida de cada uno. En tercer lugar, se encuentra la libertad-prestación, en donde se vinculan indisolublemente los principios centrales de libertad e igualdad, hasta el punto de que se da un recíproco condicionamiento, pues mediante este nivel el Estado tiene la obligación de realizar todo lo conducente a facilitar la libertad.

Acá en este último nivel se presenta una fuerte conexión entre la libertad y la igualdad, porque supone la creación de condiciones igualitarias y la superación de todo obstáculo que la entorpezca, mediante una actividad positiva desarrollada por el Estado, lo cual pone de manifiesto la intersección entre los círculos de acción de cada uno de estos dos valores.

La libertad no se puede entender sin la igualdad y tampoco la igualdad sin la libertad. Es inentendible una libertad sin contenido igualitario, como tampoco una igualdad que prescindiera de la libertad para concretarse, pues entre más iguales sean los hombres también lo son más libres. Es por ello por lo que en un liberalismo totalmente cerrado en sí mismo, la libertad se hace incompatible con la igualdad, así como para un igualitarismo exagerado, la igualdad no se concilia con la libertad.

Una sociedad con grandes desigualdades, con grandes desniveles, con altos índices de miseria y de incultura, con desmedida explotación, en la cual la libertad del *laissez faire* del Estado producto de la revolución liberal no es capaz de controlar tal desigualdad sino que contribuye a su expansión, por lo cual se impone la necesidad de un mayor intervencionismo de los poderes públicos, a través del Derecho, para propiciar la creación de unas condiciones equiparadas. Es así como encuentran puntos de contacto una corriente democrática con elementos liberales y socialistas, erigiendo a la igualdad como uno de sus principios fundamentales.

Hoy no se discute que con desigualdad de poder no hay libertad, pues si hay algunos hombres con más poder (económico, político, social), no hay condiciones para el incremento de la libertad, pues en una relación directamente proporcional se tiene que a mayor poder hay mayor libertad, libertad mayor que se obtiene a costa de la dependencia de otros. BOBBIO escribe¹⁸. "Me explico mejor. Objetivamente, una de las razones por la cual en una sociedad hay libres y no libres, o mejor más libres o menos libres, es la mala distribución del poder. (Tiene toda la razón Calogero al decir que en estas discusiones debe prevalecer la lógica del más y del menos sobre la del sí y del no). Subjetivamente, una de las razones por las que me considero menos libre que tú

18. BOBBIO, Norberto. *La Ideología y el Poder en Crisis*, Ariel, Barcelona, 1988. P. 36

es que considero que tú tienes más poder que yo; en pocas palabras, que puedes hacer cosas que yo no puedo hacer, y también imponerme cosas que yo no puedo obligarte a hacer a ti. La famosa afirmación de Spinoza según la cual uno tiene tanto más derecho cuanto más poder tiene, puede muy bien resolverse en esta otra: uno tiene tanta más libertad cuanto más poder tiene. En el límite extremo, la libertad absoluta coincide con el poderío absoluto: lo único absolutamente libre es lo omnipotente. También puede plantearse el problema partiendo de lo contrario de la libertad, o sea de la sujeción o dependencia. No libre es el que depende de otro. Esto significa que otro tiene poder sobre él, y lo tiene porque tiene más poder que él, porque una vez más el poder está mal distribuido. Pero, ¿qué quiere decir que el poder está mal distribuido, sino que está distribuido de manera desigual y, por lo tanto, no todos tienen igual poder?"

5. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD EN COLOMBIA

Para fortuna de los marginados y olvidados, el principio fundamental de la igualdad pasó sin mayores tropiezos en la constituyente, porque los más poderosos, o entendieron la conveniencia del reparto de los beneficios y de los bienes y dejaron de ver en tal principio una amenaza a los privilegios y utilidades factoriales, o no se percataron del costo social y económico que les significará tan importante avance, pues la verdad es que no tuvimos necesidad de revoluciones ni de desangrantes luchas intestinas para que nuestra Constitución incluyera este valor de la igualdad, como debió vivirlo, por ejemplo, Estados Unidos al pactar la rendición de los estados esclavistas, o como lo afrontó Francia para imponer el lema de la libertad, la igualdad y la fraternidad, o como actualmente acontece en los países orientales comprometidos en contiendas en pos del fundamentalismo religioso.

No debemos despreciar la largueza del legislador constituyente al consagrar la igualdad en los términos que lo hizo y los jueces no deben desaprovechar la oportunidad que les ha brindado la historia para afianzar su prestigio.

Ni en la legislación ni en la jurisprudencia encontramos noticias de que este principio hubiera despertado el interés del legislador ordinario o de los jueces, pues un rastreo jurisprudencial nos revela lo monolítico del desarrollo del principio, al punto de que desde 1.931 en la Corte Suprema de Justicia escasamente se produjeron tres decenas de fallos (31), mientras que en el Consejo de Estado no llegó a una sola (7)¹⁹.

Básicamente el principio abstracto invocado por la jurisprudencia para apoyar los fallos de constitucionalidad sobre igualdad, consistió en que situaciones iguales requieren un tratamiento igual y que situaciones disímiles requieren un tratamiento desigual, acogiendo la idea de LEON DUGUIT de que la igualdad no implica igualdad matemática, sino igual trato para los desiguales, sin entrar a señalar los criterios a utilizar para fijar lo igual o lo desigual, de modo que es gaseoso y etéreo el concepto de lo relevante o

19 Cfr. CEPEDA, Manuel José. *Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1.991*, Temis, Bogotá, 1.992, pp. 72 y ss.

de lo irrelevante (criterio imprescindible para fijar la necesidad de discriminación), dando una gran amplitud a la discrecionalidad del juez para hacer dicha calificación.

Afortunadamente el principio en la Constitución no quedó simplemente circunscrito a la prohibición de la discriminación, ni se limitó la Constitución a definir la igualdad como igualdad de derechos, libertades y oportunidades, pues ello implicaría la continuación de un concepto simplemente formal.

5.1. FORMAS DEL DERECHO DE LA IGUALDAD

En sus orígenes el principio de igualdad es esencialmente formal, siendo, sin embargo, indudablemente, ello una gran conquista de la revolución liberal, porque acaba con los privilegios del Estado absoluto, al plasmar los principios de generalidad y abstracción de la ley. Sólo con el transcurso del tiempo se logra la igualdad material. Esto, pone de manifiesto que tal principio tiene dos grandes corrientes que han ido apareciendo sucesivamente en la historia: la igualdad Formal y la igualdad material.

5.1.1. La igualdad formal.

Dispone el art. 13 de la Constitución Nacional:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

"El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

"El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

Este principio fundamental está indicando que todos los hombres son destinatarios de las mismas normas y que todos están sometidos a las mismas instituciones y tribunales; en otras palabras, que todos reciben el mismo tratamiento frente al ordenamiento jurídico. Esto es consecuencia de que al disponer el art. 3 que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público, no puede haber discriminación de personas y la ley debe "ser la misma para todos tanto si protege como si castiga", tal como lo manda el art. 6 de la Declaración francesa de 1.789.

Si bien es cierto que se admiten excepciones en la producción de normas para casos no generalizados, no es menos cierto que las mismas deben ser muy excepcionales y justificadas, y en tales supuestos tanto los beneficios como las cargas resultantes de las discriminaciones debe establecerse o prohibirse a todas las personas que tengan esa condición. Esto concreta el trato igual en lo desigual (que no debe confundirse con

el trato desigual a lo desigual, como luego lo veremos), pues busca que a todos los titulares de una situación desigual concreta se les dé un tratamiento igual. Nuestra Constitución no considera relevante a los efectos de justificar una normatividad jurídica distinta, ni el sexo, ni la raza, nacimiento, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Desde luego que la diferenciación puede también constituirse en expresión normativa del principio de equiparación, para lograr una igualdad material, mediante la aplicación de criterios de redistribución general, para facilitar la satisfacción de las necesidades o de necesidades importantes de muchas personas, como ocurre con la calificación de riqueza como relevante para un trato fiscal discriminatorio. También la edad, la ciudadanía y la capacidad son relevantes para justificar determinados efectos de diferenciación.

A pesar de que se fijan criterios generales para precisar cuándo no se puede hacer discriminaciones, indicándose cuáles diferencias son irrelevantes y por lo tanto ilegítimas, de todos modos continúa el problema hermenéutico, aunque en un menor grado al que existía en la vigencia de la Constitución de 1.886.

Ya ARISTOTELES se planteaba la necesidad de dar igual tratamiento a los iguales y desigual a los desiguales, para lo cual se formulaba la siguiente pregunta en su política: iguales y desiguales, sí; pero ¿iguales y desiguales en qué?

Para darle vida al principio de la igualdad necesariamente hay que forjar una doctrina para aplicarla a casos concretos, porque de todos modos la igualdad absoluta no podrá existir, ya que como tal no pasa de ser una utopía. De manera que la doctrina partirá de la base de que en casos excepcionales podrá abrirse camino la desigualdad, pero sin perder de vista que hay que colocarle un dique a la discrecionalidad de todos los operadores jurídicos, partiéndose de la idea de que sólo lo relevante podrá autorizar la discriminación.

Entonces, surgen los ineludibles interrogantes: ¿Qué es lo relevante para diferenciar entre individuos o grupos de individuos? ¿Cómo se fija lo relevante? ¿Cómo se mide el grado de justificación de las diferencias relevantes?

Elemento importante de esta doctrina consiste en que al precisarse lo que ha de entenderse por relevante no se atente contra la dignidad de la persona, supremo valor del hombre, pues no puede instrumentarse y cosificarse el hombre para que el Estado haga de él lo que le convenga en determinado momento histórico, por ejemplo, hacer juicios secretos para mostrarle a la sociedad apariencias de justicia efectiva y rápida, incurriendo en contradicciones tales como la de sostener que la diversidad de procesos penales permite una mayor rapidez en el juzgamiento, pero teniendo que llegar al extremo de tomar decisiones contrarias al orden jurídico cuando se ve que las promesas de pronta justicia no pasaron de ser falsas expectativas, declarando conmociones internas cuando ha de aplicarse la ley, pues tal vez tenemos la exclusividad en el mundo de ser un país en donde la aplicación de la ley se convierte en un factor de conmoción interna. No es válido entonces fundamentar lo relevante en consideraciones simplemente de oportuna conveniencia.

5.1.2. La igualdad material.

Si el Estado social de derecho busca la igualdad, surge la ineludible pregunta que se formula BOBBIO²⁰: iguales, ¿entre quiénes y respecto a qué cosa?. La respuesta de igualdad de todos en todas las cosas, no puede llegar a ser ni siquiera un ideal, pues sería, como ya se dijo, algo utópico, por ello es más razonable afirmar que se trata de una igualdad del mayor número de personas, en la mayor cantidad de bienes posibles, como ideal de la igualdad material.

Esto supone una sociedad de escasez, porque si la sociedad fuese abundante en bienes, como lo afirma HUME²¹, ¿qué objeto tendría hacer un reparto de bienes, donde cada uno tiene ya más de lo necesario? Opera el principio en una sociedad de necesidades no satisfechas del ser humano y en donde el egoísmo es nota predominante en las relaciones. La igualdad material busca remediar esa situación cerrando las grandes brechas a través de la redistribución del producto nacional en el mayor número posible de personas.

Se trata de dar a cada uno según sus necesidades y sus propios méritos; según su trabajo y según su capacidad. Por consiguiente, no se trata de una simple igualdad de oportunidades, sino de igual satisfacción de necesidades fundamentales. No puede interpretarse el art. 13 de la C.N. en el sentido de que este principio se concrete en la simple igualdad de oportunidades, pues el criterio de la igualdad de oportunidades es el más alejado de todos los manejados, porque ello supone afirmar que basta el que no se encuentre obstáculos en el comienzo del recorrido para alcanzar un determinado objetivo, sin importar si éste se logra o no. Este criterio favorece la competitividad, pero resulta conciliable con una sociedad desigual, porque sólo ayuda a la igualdad en el punto de partida pero no asegura la llegada de todos a la meta. Todos pueden arrancar pero muy pocos podrán llegar.

Por el contrario, la igualdad material exige igualdad en el punto de llegada, en la meta, y ese objetivo sólo se puede alcanzar con la tesis de la igual satisfacción de las necesidades básicas. Ya ROUSSEAU, sostenía: "Que ningún ciudadano sea tan rico como para poder comprar a otro ninguno tan pobre como para verse obligado a venderse."²²

No puede decirse que dentro del proceso penal se dé la igualdad porque todos los procesados tengan derecho a ser vencidos en juicio, pues la igualdad se concreta cuando a todas las partes trabadas en el proceso se les brinda las mismas oportunidades de efectiva defensa de sus particulares intereses, ya que formalmente todas podrán intervenir, pero materialmente puede encontrarse una más fortalecida que las demás, sin que exista justificación alguna.

20 Citado por PECES-BARBA, ob. cit. p. 159.

21 Cfr. PECES-BARBA, ob. cit. p. 159.

22 ROUSSEAU, Juan Jacobo. Del Contrato Social, Libro II, cap. XI.

Este principio de la satisfacción igual de la necesidad conlleva a una distribución desigual de los recursos, pues unos requieren más que otros (los débiles más que los poderosos) y ello demanda una acción bastante activa, no poco fácil, de los poderes públicos a esos efectos. Hoy nadie discute que la salud, la educación, la cultura, la vivienda, la seguridad social, son necesidades básicas que deben ser satisfechas.

En el mismo texto constitucional se señalan criterios sobre la actividad de los poderes públicos ante la desigualdad, al establecer en el art. 13 que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, con miras a lograr una igualdad material. No es un consejo y nunca puede ser perdido de vista por los operadores jurídicos.

Como nuestra sociedad está muy lejos de lograr una igual satisfacción de las necesidades básicas, en el próximo siglo tendrán mucho de qué ocuparse todos los poderes públicos.

6. IGUALDAD Y DERECHO PENAL

6.1. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD EN EL DERECHO SUSTANTIVO

La pena como instrumento de control social del Estado tiene asignada una función específica, de modo que queda condicionada al sistema socio-económico y a la filosofía política adoptada por la Constitución, lo cual pone de relieve la indisolubilidad entre la función de la pena y la función del Estado, pues no es lo mismo concebir la pena en un Estado absoluto que en uno de derecho.

El rumbo político que habrá de tomar nuestro país al disponer el art. 1 de la Constitución, que Colombia es un Estado Social de Derecho y Democrático, necesariamente incide en el sentido, función y finalidad de la pena y en la teoría del delito, a los cuales se les debe encontrar su fundamento en la nueva concepción del Estado.

6.1.1. El principio de la igualdad ante la pena.

Colombia, como Estado Social de Derecho adopta una síntesis de Estado, al fusionar los principios propios del liberal y del social, superando a cada uno de sus componentes, pues se rige por la democracia, teniendo tal concepción su correlativo respeto a la pena, como lo constataremos luego, visto especialmente desde la óptica del principio de igualdad. Pero, antes de adentrarnos en la dinámica de la pena sobre sus fundamentos y fines a la luz de aludido principio, necesariamente tendremos que recordar la histórica relación entre Estado y pena.

Bajo el imperio del derecho penal liberal, a la pena se le atribuyó una función de retribución por el mal causado. La tesis Hegeliana de la pena como negación de la negación del derecho, cumple un papel retributivo, pues conforme a la intensidad de la negación del derecho (lesión del bien jurídico), será también la intensidad de la negación del delito, o sea la pena. Así lo entendió CARRARA al sostener: "El fin de la pena no consiste en que se haga justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que sea

resarcido del daño padecido por él, ni en que se atemorizan los ciudadanos, ni en que el delincuente purgue su delito, ni en que se obtenga su enmienda. Todas éstas pueden ser consecuencias necesarias de la pena, y algunas de ellas pueden ser deseables, pero la pena continuaría siendo un acto inobjetable, aún cuando faltaran todos estos resultados... El fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad" ²³. Planeamiento que sintetiza BINDING al señalar que la pena es "retibución del mal con mal", con lo cual se busca, como lo dice WELZEL que "cada uno sufra lo que sus hechos valen" ²⁴, o sea una equiparación entre el tamaño de un mal y el de otro, de modo que al daño a determinado bien jurídico se debe responder con medida igual sobre un bien jurídico del agente.

Este sentido de la pena se entiende si se tiene en cuenta que a pesar de que el Estado liberal tenía como finalidad la protección de las libertades y garantías individuales, el valor superior de la igualdad (lo mismo que los otros valores), era meramente formal, sin un contenido material, lo cual hacía suponer igual a todos los hombres, y bajo tal idea a todos los retribuía de igual manera. Como el Estado tenía compromiso ante el hombre de restablecer el orden jurídico interrumpido, tal obligación se entendía satisfecha con la aplicación de una pena graduable de acuerdo al quantum del daño causado, sin tener en cuenta si el Estado se encontraba o no en capacidad moral de exigir que el sujeto sopesara las bondades o cargas de su actuación. Es decir, la retribución se edifica sobre la base de la igualdad de capacidad racional del hombre, lo cual es una ficción como el libre albedrío ²⁵, pues el Estado liberal en su sistema estimula y provoca las desigualdades y disfuncionalidades que atentan contra la libertad e igualdad de los ciudadanos.

Esto quiere decir que en el fondo la retribución es la concreción del principio de la igualdad formal, porque partiendo del supuesto de que todos los hombres son iguales y tienen la misma capacidad de rol, se limita a equiparar entre el daño causado y el que ha de sufrir el delincuente, pues la retribución no es cosa diferente que una forma civilizada del talión, o sea una respuesta de dolor al dolor, exigiéndosele al delincuente sacrificio en sus bienes en cantidad igual al daño causado. Pero la igualdad no opera frente a la sociedad, sino frente al individuo, pues el delincuente nada debe a la sociedad sino al Estado, como detentador de la facultad sancionatoria.

Vimos que el esquema social del Estado lleva a éste a involucrarse en la vida efectiva de la sociedad, dejando de ser un Estado-Imparcial o Estado-Guardián, inspirado en la no interferencia en la actividad social, para convertirse en Estado intervencionista, lo cual incide en el sentido y fin de la pena, puesto que a ésta la convierte en una lucha contra el delito; no se trata ya de equiparar cargas, de retribuir, sino de asegurarle a la sociedad la evitación del delito.

El Estado le debe responder a la sociedad por su conservación para lo cual ha de

23 CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte General, Vol. II, Temis, Bogotá, 1.973, p. 68.

24 WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, XI edic., Jurídica Chile, 1.976, p. 326.

25 Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal, Temis Bogotá, 1.982, p. 121.

prevenir el delito, prevención que puede ser general o especial. Como el Estado Social de Derecho debe darle contenido material a los derechos fundamentales, sólo le es permitido cumplir la función punitiva de acuerdo a la efectiva observancia de sus fines, pues si no es capaz de satisfacer los compromisos que tiene frente al individuo, tampoco puede exigirle al hombre que acate los suyos, especialmente cuando tal incumplimiento está en una relación directa con el del Estado. Acá no se parte de la idea de que todos los hombres son iguales formalmente, sino materialmente, lo cual se concreta en que el tratamiento igualitario consistente en la aplicación de violencia por parte del Estado sólo puede darse a quienes sean iguales, de modo que a los desiguales se les debe dar tratamiento desigual. Si el Estado no es capaz de cumplir con la finalidad de materializar los derechos fundamentales, lejos está de que, a la luz del principio de la igualdad, pueda exigir a todos los hombres comportamientos equiparados, pues tendrá en su seno individuos desiguales a quienes, como se dijo, habrá de proporcionarles desigual tratamiento.

No es materia de esta intervención establecer el sentido, fines y funciones de la pena en Colombia, conforme al nuevo esquema adoptado, sino el de precisar de qué manera la igualdad incide en tal concepto y telos.

Por ello, tómesese partido por una prevención general o especial, o por una retribución, lo que sí hay que tener siempre de presente es la concreción del principio de la igualdad.

Si acogemos la noción de prevención general, la misma debemos entenderla no como la utilización del miedo como forma de control social, porque ello implicaría el empleo del terror por parte del Estado y la transformación de los individuos en animales a quien se le obliga a responder sólo a presiones negativas ²⁶, como tampoco puede partirse de la suposición de una racionalidad absoluta del hombre en la valoración del bien y del mal, al tenersele como igual a todos en su capacidad de motivación, porque esto conduciría a una ficción como el libre albedrío ²⁷, conllevando ello la instrumentalización del hombre, lo cual, evidentemente, va contra la dignidad de la persona humana, valor supremo en nuestro Estado. Ha de partirse, entonces, del supuesto de que no todos los hombres son iguales mientras el Estado no haya cumplido con el compromiso de brindar a todos no sólo la oportunidad de realizar su personalidad sino también el pleno disfrute de la procura existencial. La adopción de una prevención general necesariamente tiene que ir pareja con el suministro de las condiciones propicias para que el hombre no delinca, es decir, que a éste lo coloque en un plano de igualdad con respecto a la sociedad homogeneizada y tenga la posibilidad de escoger entre delinquir y no delinquir y el poder llegar a tal meta si opta por no hacerlo.

Desde luego que toda prevención general de la pena es ineludiblemente intimidatoria, pero tal intimidación sólo es válida en cuanto se ejerza dentro de los límites señalados al Estado, es decir, en cuanto sea estrictamente necesaria para proteger bienes jurídicos, respetándose siempre la dignidad del hombre. No es suficiente intimidar a la luz de la

26 Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Bases... p. 121.

27 Cfr. BUSTOS R., Bases... p. 160.

prevención general, sino que debe el Estado ofrecerle al hombre alternativas a su comportamiento criminal; todo ello, mientras no equivalga a presuponer que la pena tiene por sí sola eficacia motivadora y que el hombre es capaz de motivarse ante la simple intimidación de la amenaza de la pena, pues la motivación puede edificarse sobre el supuesto de la libertad y, por lo tanto, convertirse, como ya se dijo, en una ficción igual al libre albedrío, si se plantea de manera absoluta, resultando, también, muy compleja si se toma en concreto ²⁸; veremos que la motivación ha de estar acompañada de otros elementos para fundamentar la culpabilidad.

Si se toma partido por una prevención especial, hay que evitar caer en la tentación de considerar al delincuente como un ser peligroso socialmente, al concebirse no como hombre igual sino como anormal, sujeto a determinaciones, e intrínsecamente perverso en razón de su naturaleza antropológica, biológica o social, de quien es necesario que la sociedad se defienda, porque esto significa hacer una discriminación, no para beneficio del hombre sino para su perjuicio. No puede caerse en la tentación de la resocialización pues, con ROXIN nos preguntamos: "¿Qué legítima que la mayoría de una población obligue a la minoría a acomodarse a la forma de vida grata de aquellas? ¿De dónde obtenemos el derecho de poder educar y someter a tratamiento contra su voluntad a personas adultas? ¿Por qué no han de poder vivir los que lo hacen al margen de la sociedad -bien se piense en mendigos o prostitutas, bien en homosexuales- de modo que deseen? Las circunstancias de que son incómodos o molestos para muchos de sus conciudadanos, ¿es causa suficiente para proceder contra ellos con penas discriminantes?" ²⁹.

De la prevención especial tendremos que rescatar su importancia de haber puesto su acento sobre el individuo como tal, con todas sus particularidades y no referido a un ser indefinible (tal como lo hace la teoría retributiva y la de la prevención general, que parten de la idea de un hombre abstracto y no individual), pues ello pone de presente el carácter humanista de la prevención, siempre y cuando se respete la dignidad del hombre, la cual desde el principio fundamental de la igualdad ha de entenderse en el sentido de que la pena ha de aplicarse para formar y no para manipular, porque implicaría el totalitarismo de algunos sobre otros. La función del Estado de Derecho a través de la prevención especial se concreta en dar oportunidad al hombre para su reinserción social, para lo cual hay que concedérsele al delincuente la posibilidad material de alcanzar la igualdad a través del trabajo, la salud, la cultura, el conocimiento, etc., teniendo siempre en cuenta que el hombre es un fin en sí mismo y no un instrumento para los fines del Estado. "En tal sentido no se puede hablar de resocialización o reeducación, pues ello siempre significa adaptar a una determinada socialización o educación, que es la considerada verdadera por el Estado, pero ello en caso alguno puede implicar que la socialización o educación que posee el sujeto sea falsa o tenga que renunciar a ella. De lo que se trata es que el Estado ofrezca al sujeto una coincidencia en sí mismo, con su propio fin, esto es, ser un sujeto liberado y crítico" ³⁰, en otras

28 Cfr. BUSTOS R., Bases... p. 179.

29 ROXIN, Claux. Sentido y Límites de la Pena Estatal, Reux, Madrid, 1.976, p. 17.

30 BUSTOS R. Bases... p. 184.

palabras, debe preocuparse por crear las condiciones propicias para que el individuo en particular no delinca.

Hay que evitar acentuar la llamada ideología de la divergencia, que consiste en plantear las cosas de modo que sólo exista un orden verdadero señalando normales y anormales y fijando tratamientos discriminatorios a quienes se les considere que están perturbados para valorar, comprender y acoger el bien ³¹.

El principio de igualdad juega papel en la noción de la prevención especial en el sentido de que al hombre desigual hay que darle la oportunidad para que sea igual, y de que si el Estado no es capaz de suplir este objetivo, porque simplemente se limita a tratarlo de la misma manera como trata al igual, deja de cumplir su función como Estado social, volviendo a los cauces del liberalismo, con el agravante de que se hace discriminación para aplicar tratamientos desconociendo la verdadera dimensión del hombre.

Lo anterior nos permite concluir que si se toma partido por la retribución (difícil de aplicar ante nuestro modelo de Estado), ineludiblemente debe darse cumplimiento al principio de igualdad aplicando la pena no simplemente para causar un mal en una cantidad directamente proporcional a la entidad del daño causado al bien jurídico y con desconocimiento de la situación de igualdad o desigualdad que tenga el hombre que delinque, sino para retribuir en la medida que el hombre sea igual, de modo que tenga la posibilidad de comportarse como sus pares, por estar dadas las condiciones sociales y económicas para exigírsele determinada conducta. Ya no es simplemente el aspecto objetivo del daño causado lo determinante para la fijación de la pena, sino que es necesario combinarlo con el elemento personal del destinatario de la misma.

Si se adopta una posición mixta o ecléctica, en la cual concurren las distintas concepciones de la pena, yuxtaponiendo los diversos criterios como lo manda el art. 12 del C.P., de acuerdo a los distintos momentos en los cuales actúa el derecho penal, tal como lo sugiere ROXIN ³², tenemos que entender, desde luego, que en cada uno de esos momentos debe ser actuante el principio de igualdad en la forma antes mencionada, es decir: mediante la prevención general, dándosele al hombre las condiciones reales para que pueda escoger alternativa diferente al delito; a través de la prevención especial al dársele al delincuente la posibilidad material de la reinserción; o, retribuyendo en el momento de la imposición de la pena teniendo en cuenta la igualdad o desigualdad del hombre para la fijación en concreto de la pena.

Si se comparte la idea de BUSTOS RAMIREZ- ³³ de que la pena no es sino autoconstatación (ideológica) del Estado y de que no es neutral, como no lo es el Estado, porque mediante la pena éste demuestra su existencia frente a todos los ciudadanos, tal autoconstatación debe hacerla en dos aspectos: el primero, como lo entiende

31 BUSTOS R. Bases... p. 170.

32 ROXIN, ob. cit. p. 12.

33 Bases... p. 180.

BUSTOS RAMIREZ ³³ bis en el sentido de que el Estado ejerce la función de protección de su sistema; y, el segundo, desde la autoconstatación de sus fines, en el sentido de que a través de la aplicación de la pena tiene que reafirmar su condición social y ver en la pena la oportunidad de concretar derechos, si no lo ha hecho respecto del hombre que juzga, lo cual verifica no teniendo a todo hombre igual por la simple condición humana, sino dándole al delincuente, como se ha dicho, la ocasión de prepararse para alternativas diversas al delito, lo cual cumple el Estado a través del proceso de readaptación y no de la simple aflicción, pues será el momento para asegurar la procura existencial que le ha sido esquiva al delincuente, garantizándole la prometida reinserción social, al educarlo si no lo ha educado o al reeducarlo si lo educó mal, pero sin alienarlo, pues la igualdad no puede conducir a tal degradación.

El Estado ha de ver en la pena no sólo la oportunidad para hacer prevalecer determinada concepción ideológica mayoritaria, porque la igualdad en el modelo social implica una organización de estructura horizontal, ya que el hombre no está al servicio del Estado, sino el Estado al servicio del hombre, de modo que queda atrás la estructura vertical o jerárquica construída básicamente sobre relaciones de supra y subordinación. Así se autoconstata el Estado frente a la sociedad y frente al individuo.

Compartimos el pensamiento de BUSTOS RAMIREZ ³⁴, al afirmar: "Al Estado actual sólo se le puede reconocer, con razón, la potestad para democratizar y socializar la pena. Esto es, ir, por ejemplo, a la progresiva eliminación de la pena de prisión y en todo caso a su transformación en un sistema democrático y no jerarquizado; en general, que la pena tenga por sentido ofrecer al individuo todas aquellas oportunidades que le fueron negadas (enseñanza, salud, profesión, etc). Esto parece más evidente si se considera que en general el que llega a la cárcel es el disidente del sistema y no el que se aprovecha de él. Si la pena es expresión de violencia del Estado, si necesariamente como tal expresión de violencia ha de constituir un mal, no se puede dejar de estar de acuerdo con NOZICK en el sentido de que debe ser un mínimo (idealmente expresión de un Estado mínimo) -cualquier exceso convierte al Estado en un Estado de terror-, exceso que es propio a las crisis del Estado capitalista, cuando se suprime o se vigila la democracia".

6.1.2. El principio de la igualdad ante la teoría del delito.

La concepción del Estado también incide en la formulación de la teoría del delito, pues nos indica cuáles elementos deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea tenido como punible.

El derecho penal de un Estado Social de Derecho debe preocuparse por evitar todos los hechos socialmente indeseados por comprometer bienes jurídicos y constituir hechos penalmente antijurídicos, pero el ius puniendi encuentra un límite en la culpabilidad, pues no es posible aplicar pena al inculpable. ¿Por qué no se sanciona un hecho antijurídico

³³ bis Ibidem

³⁴ Bases... p. 136.

no realizado con culpabilidad?. La respuesta es sencilla: En el campo de la antijuridicidad el Estado voluntariamente renuncia a la función punitiva, al señalar las causales de justificación, pero ya en el terreno de la culpabilidad la inhibición se produce porque sería ineficaz todo esfuerzo estatal por aplicar pena a quien no obra con culpabilidad, pues si el hombre no está en igualdad que le permita entender el mensaje de la prohibición y optar ante alternativa distinta a la del delito, a nada conduciría la ambición del Estado de perseguir a tal sujeto, o sea que mientras en la antijuridicidad espontáneamente decide dejar impunes conductas ejecutadas en ciertas circunstancias, en la culpabilidad tal impunidad opera porque al Estado no le queda otra salida, pues de lo contrario estaría atentando contra la dignidad del hombre, lo estaría instrumentalizando, al utilizarlo para sus fines e impidiendo que el hombre sea un fin en sí mismo.

Esto lo explica GIMBERNAT ³⁵, así: "Pero el mecanismo inhibitorio del Derecho Penal tiene también sus límites (sector de la culpabilidad). Estamos aquí ante una cuestión que afecta al poder: 'Existen ciertas personas en referencia a las cuales sociológicamente se admite, sin más, que son inaccesibles a la motivación de la pena; bien por su inimputabilidad permanente o transitoria, bien porque -al desconocer la prohibición- no han tenido tampoco ocasión de dejarse influir por ella' Aquí no sucede ya lo que en el sector de la antijuridicidad, donde el derecho no quiere combatir la acción en cuestión. Al contrario: El Derecho estaría encantado de combatir, mediante la pena, los homicidios que comenten los inimputables, las apropiaciones indebidas ejecutadas por personas que, de modo subjetivamente invencible, desconocen la prohibición; pero no puede combatir esos comportamientos inculpables porque la pena es -principalmente por razones de motivabilidad- ineficaz para hacerlo... No obstante, estos comportamientos que quedan excluidos del sector de la 'culpabilidad' siguen estando prohibidos (de manera general); a la pena solo se renuncia frente a aquellos ciudadanos de los cuales se percibe fácilmente que no tendría mucho sentido proceder con ese medio de reacción".

En lo tocante a nuestro tema tenemos que afirmar que el Estado Social de Derecho no puede a todos los hombres declararlos responsables de igual manera, pues tiene que admitir que existen hombres desiguales por factores individuales o situacionales.³⁶ La igualdad no es sólo respecto de los derechos sino también respecto de las cargas, lo cual trae como consecuencia que no a todos los hombres se les puede exigir comportamiento igual, pues hay hombres que carecen de las suficientes condiciones para asumir actitudes y comportarse de la misma manera que lo hace la mayoría del grupo social, a quienes, por ser desiguales, no se les debe exigir igual rol ni tampoco dárseles igual tratamiento. Deben ser tratados como desiguales.

Es en el plano de la culpabilidad en donde se concilian más estrechamente, dentro de la teoría del delito, los valores de la igualdad y de la libertad. Pero si la culpabilidad edificada sobre el principio de la libertad ha sido materia de enconadas críticas, hasta

³⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. El estado de necesidad un problema de antijuridicidad. En Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid, 1.981. pp. 162 y 163.

³⁶ MIR PUIG, Santiago. Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático del Derecho. 2a. edic.. Bosch. Barcelona. 1.982, p. 91.

el punto de pronosticarse su desaparición, por levantarse sobre el libre albedrío, el cual no es demostrable, como lo han sostenido muchos autores, tal vez en el principio de la igualdad podremos encontrar una solución favorable al interrogante que se formula GIMBERNAT al decir: ¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?, respondiendo el mismo: "No lo tiene si se argumenta así: La dogmática penal presupone el Derecho penal, el Derecho penal presupone la pena, la pena presupone la culpabilidad y la culpabilidad no existe. De esta argumentación se ha admitido aquí el último postulado (la culpabilidad es indemostrable); pero se ha rechazado que la pena y, por tanto, el Derecho penal presupongan la culpabilidad" ³⁷.

Tradicionalmente, para definir la culpabilidad ha entrado en juego el principio de la libertad, porque se plantea como culpabilidad de voluntad. La escuela clásica su fundamento lo fija en el libre albedrío, pues CARRARA sostenía: "La libertad es un atributo indispensable de la voluntad, de manera que ésta no puede existir sin aquella, del mismo que no puede haber materia sin gravedad" ³⁸, agregando luego: "La libertad de elegir, como potencia abstracta del alma, jamás puede quitársele al hombre, pues aún el que cae desde una altura, mientras cae y se da cuenta que cae, no quisiera caer. La libertad como idea sigue permaneciendo en él, pero le es imposible la realización de esa idea" ³⁹. Ese mismo planteamiento se ha formulado WELZEL al sostener: "El libre albedrío es la capacidad para poderse determinar conforme al sentido, para la autodeterminación conforme a sentido... Voluntad mala es dependencia causal de impulsos contrarios al valor y en tal medida voluntad no libre. La libertad no es un estado, sino un acto: el acto de liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido" ⁴⁰.

Por estar fundada en el libre albedrío y por ser éste indemostrable, la escuela positiva negó la culpabilidad. FERRI se expresaba: "Los criminalistas de la Edad Media y de épocas posteriores exigían como condición necesaria de imputabilidad la normalidad de la conciencia e inteligencia, así como la libertad de elección voluntaria. A consecuencia de las críticas de la escuela positiva, que reveló que la existencia del libre albedrío no puede demostrarse científicamente y fue negada por insignes teólogos y filósofos, y que en modo alguno puede la justicia penal condicionarse a la creencia de la libertad de querer del delincuente, las legislaciones penales más modernas... redujeron aquella distinción a la voluntariedad del hecho" ⁴¹. Por eso al libre albedrío el positivismo antepuso el determinismo, afirmando que el delincuente es un ser determinado al delito, frente al cual ha de actuar el Estado en defensa de la sociedad, teniendo en cuenta que el hombre vive en el seno de ésta.

En las críticas al concepto de culpabilidad, coincidiendo especialmente en la objeción al libre albedrío, se dan básicamente tres tipos de posiciones ⁴²: a. La que niega por

37 GIMBERNAT O, Enrique. ¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?, Temis, Bogotá, 1.983, p. 26.

38 CARRARA, ob. cit. Tomo I, p. 71.

39 Ob. cit. p. 193.

40 Ob. cit. p. 209.

41 FERRI, Enrico. Principios de Derecho criminal, Madrid, 1.933, p. 204.

42 Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Español. Parte General, Ariel S.A., Barcelona, 1.984, p. 365.

completo el concepto de culpabilidad y lo sustituye por otro tipo de criterios, como la necesidad de pena (GIMBERNAT); b. La que a pesar de la crítica mantiene la necesidad de la culpabilidad, pero vista desde los fines del derecho penal (ROXIN y JAKOBS); y, c. La que mantiene el principio de culpabilidad, también con una visión crítica, e intenta su complementación y revisión interna (CORDOBA RODA, MUÑOZ CONDE, MIR PUIG y STRATENWERTH).

No se remite hoy a discusión alguna la necesidad de declarar ya clausurada la discusión entre partidarios del libre albedrío y deterministas. Por partir el libre albedrío del supuesto, totalmente indemostrable, de que todo hombre está provisto de una cualidad inmutable e igual, es decir que todos son igualmente libres, lo cual es entendible frente al derecho penal de un Estado liberal por el carácter formal de los derechos y garantías del individuo, de modo que tanto libertad como igualdad carecen de contenido material, hasta el punto de que se trata de simples ficciones, sin que el derecho penal tenga que preocuparse por llenarlas de sustancia y sin que deba detenerse tal derecho a constatar si el hombre es realmente libre e igual. En el determinismo hay una discriminación entre hombres normales y anormales, estando éstos determinados al delito por causas irreversibles. "Ambas tendencias en el fondo son, pues, marcadamente individualistas y estigmatizadoras, y en verdad reniegan del hombre como tal" ⁴³.

Hay que admitir, sí, que la culpabilidad realmente cumple una función y como tal tiene un sentido, función propia que consiste en delimitar, lo mismo que las otras categorías del delito, el poder sancionatorio del Estado. No se trata, entonces, de afirmar la culpabilidad desde una libertad absoluta o sea desde el libre albedrío o negarla porque éste no exista.

Ello obliga a reflexionar sobre el punto de partida, ya que no se debe arrancar desde el supuesto de una libertad e igualdad absolutas e incuestionables del individuo, sino del hombre inmerso en la sociedad, sin caer en una determinación tan vaga al estilo de FERRI, al deducir que el hombre responde "sólo porque y en tanto vive en sociedad" y porque "recibe las ventajas de ello" ⁴⁴.

Como componente de la sociedad, el hombre es al fin y al cabo lo que el Estado y la misma sociedad han querido que sea, y como tal ha de ser tratado. Debe dársele tratamiento igual si es igual o desigual si es desigual. El hombre a pesar de ser formalmente igual en cuanto goza de las mismas oportunidades, materialmente puede llegar a ser desigual, en cuanto que no está en capacidad de entender ni el mandato ni la prohibición, o porque entendiéndolo no puede de ningún modo motivarse.

MIR PUIG, dice: "En un Estado social y democrático de Derecho no se considera justo llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin culpabilidad. En efecto, si se admite que la falta de culpabilidad no supone necesariamente la imposibilidad

43 BUSTOS RAMIREZ. Manual de Derecho Penal Español, p. 372.

44 FERRI, ob. cit. p. 225.

absoluta de motivabilidad normativa, el fundamento de dicha exclusión de la culpabilidad no puede verse en la imposibilidad total de prevenir los delitos mediante la motivación, sino en un planteamiento valorativo que conduce a imponer un límite a la posibilidad de castigar al que actúa sin culpabilidad. Según esto, la culpabilidad no faltaría por no ser necesaria la pena, sino viceversa, que la posibilidad de pena encontraría un límite (normativo) en la falta de culpabilidad" 45.

Entendemos la capacidad de motivación no desde el supuesto de la libertad absoluta, porque como tal se convertiría en una teoría tan criticable como la del libre albedrío o como toda aquella que estructura la culpabilidad sobre la doctrina de la libertad de la voluntad, tal como lo hace el planteamiento tradicional que basándose en dicha idea considera como presupuesto básico de la responsabilidad el "poder actuar de otro modo", conforme al cual el fundamento de la inculpabilidad se encuentra en la ausencia en el autor de la posibilidad de actuar de otra forma, siendo tan imposible de demostrar como el libre albedrío.

Hablamos que el inculpable no es motivable frente a la norma, no sólo porque carece de libertad para ello, sino porque no es un hombre igual, por no haberle brindado el Estado las condiciones necesarias para desarrollar su propia personalidad y encausar su conducta por el sendero del rol trazado por la mayoría homogeneizada.

MIR PUIG, da a la capacidad de motivación, los siguientes alcances: "Todo ello redundaría en una inferior capacidad del inculpable para cumplir el mandato normativo en comparación con las posibilidades de que dispone el hombre que actúa normalmente. Imponer, pese a ello, al primero la pena prevista para el segundo, supondría sancionar con una dureza desigualmente excesiva una desobediencia normativa que un hombre normal comprende y disculpa, porque advierte que se debe a una inferioridad decisiva de las condiciones de resistencia del autor frente a la tentación criminal. La posibilidad de motivación anormal que subsiste, no podría por ello, ser ejercida lícitamente en un Derecho dispuesto a limitar su función preventiva (Estado social) con base en el módulo democrático del grado de exigibilidad que la sociedad considera tolerable desde el prisma de la capacidad de resistencia del hombre normal frente al delito y en aras de la exigencia de igualdad de los ciudadanos (Estado democrático). El límite máximo de lo punible en un Derecho democrático, que intenta responder a las expectativas del hombre normal, esto es, de la colectividad a la que se dirige, es lo exigible a dicho hombre normal".46

Desde luego que se puede formular críticas al planteamiento, afirmándose que la igualdad es tan difícil de demostrar como la misma libertad, pero la verdad es que dada su objetividad es más constatable aquella que ésta.

Con todo, no hay que dejarle sólo al criterio de la motivación individual la tarea de

45 MIR PUIG, ob. cit. p. 98.

46 Ob. cit. pp. 99 y 100.

explicar los alcances y funciones de la culpabilidad, pues si se levanta exclusivamente sobre aquel elemento normativo podríamos caer en el mismo laberinto del libre albedrío. Se debe, entonces, demostrar que el individuo ciertamente ha tenido a su alcance el disfrute de los derechos fundamentales, con positiva influencia en la determinación de su particular desempeño. Con razón señala MUÑOZ CONDE 47 tres criterios para impregnar de contenido material a la culpabilidad y no dejarla como un concepto vacío a la buena suerte de aquel elemento valorativo, es decir dependiendo exclusivamente del "poder actuar de otra manera"; tales criterios señalados por MUÑOZ son: la motivación individual, la participación en los bienes jurídicos y el rol social del individuo.

La motivación individual, ha de darse en la forma señalada por MIR PUIG de manera que la amenaza de la pena provoque situaciones psicológicas que conduzcan a la abstención delictiva, quedando por fuera del alcance del derecho penal los comportamientos realizados por quienes no tengan tal capacidad de motivación, bien por factores individuales como la inimputabilidad o por causas situacionales como el miedo y el error, pues creemos que tanto la fuerza mayor, como el caso fortuito y la insuperable coacción ajena son factores que excluyen la tipicidad, por falta de acción.

La participación en los bienes jurídicos, hace referencia a la efectiva realización de los derechos fundamentales, pues no es hombre igual quien a pesar de disfrutar de la procura existencial, no pueda concretar tales derechos en el momento del delito, por ejemplo, porque esté en situación de error, como tampoco es igual quien por parte del Estado no se le ha hecho partícipe del disfrute de tales beneficios, ya que "Difícilmente se le puede reprochar a un individuo la lesión de un bien jurídico, cuando él en modo alguno es partícipe en ello, le es totalmente ajeno, está totalmente sojuzgado o está despojado de sus derechos fundamentales" 48.

El rol social del individuo, se refiere a aquel desempeño que ha de esperarse del individuo en sociedad, el que no se puede precisar de una manera abstracta y generalizada sino de un modo individual. BUSTOS RAMIREZ, aclara: "El punto de partida, y con lo anterior ratificamos lo dicho al principio, no puede ser sino el hombre en sociedad, pero no así en forma vaga, sino el hombre concreto, en el mínimo social concreto, que es su relación social concreta, en que se da su comportamiento como una forma de vinculación. En lo injusto se trata, pues, de que el bien jurídico es una síntesis normativa de esa relación social determinada. En la culpabilidad, en cambio, se trata de considerar al hombre concreto que se vincula dentro de esa relación social concreta; es la consideración de ese hombre no como simple sujeto, sino como actor, esto es, que cumple determinado papel asignado pero realizado por él. El hombre no es entonces un simple sujeto de la relación social, sino además actor" 49, y agrega "Pero ese acto consciente es un acto social, dentro de la relación social; de ahí que sus características físicas, biológicas y síquicas, hay que considerarlas primeramente en su dimensión social.

47 MUÑOZ CONDE, Francisco, citado por BUSTOS RAMIREZ, Manual de Derecho Penal, p. 369.

48 MUÑOZ CONDE, ob. cit. p. 369.

49 BUSTOS R., Manual del Derecho..., p. 375.

No son de un hombre abstracto, sino dentro de una relación social. En la medida en que el hombre es un actor dentro del proceso social, es que el hombre puede responder de su actuación, por su papel, por lo realizado. Sólo así el hombre tiene capacidad de respuesta. Su capacidad de responder no es de carácter abstracto ni metafísico, sino en razón de la conciencia concreta dentro de una relación social concreta" 50 .

En síntesis, es frente a la igualdad que se pueden entender de mejor manera tanto la noción como las funciones de la culpabilidad y la razón de ser de la inculpabilidad, pues si se admite que existen hombres desiguales, forzosamente hay que aceptar que a éstos se les ha de someter a tratamiento desigual, o sea sacándolos del ámbito de validez del derecho penal, pues si éste se ocupa de aplicar pena a desiguales como si fuesen iguales, necesariamente estaría atentando contra la dignidad del hombre, la cual se constituye en auténtico límite material al jus puniendi.

6.2. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

Conforme al principio que analizamos, dentro del desarrollo del proceso penal no son admitidos los tratos diferenciales, de modo que todos los sujetos procesales, deben gozar de las mismas prerrogativas, pues si alguna de ellos está en ventaja sobre las demás, incuestionablemente se viola el principio de la igualdad.

Es preciso que recordemos que el proceso penal se construye como consecuencia de la necesidad de asegurarle a todos la igualdad, especialmente para atenuar la supremacía del Estado dentro del mismo. Si el juez administra justicia en nombre del Estado, esa condición por sí sola denota la posibilidad de que se parcialice y de que los demás sujetos queden en desventaja, surgiendo así la necesidad de rituar el proceso penal, como cualquier otro proceso, para brindarle a todos el disfrute de las mismas oportunidades, no sólo para aportar pruebas sino también para controvertirlas y cuestionar las decisiones del juez.

El debido proceso busca asegurar tal igualdad, pero se trata de una igualdad formal, pues simplemente vela este derecho porque el proceso, edificado como ya se dijo para equiparar a todos los sujetos procesales, se celebre conforme a la voluntad del legislador, siendo motivo no sólo de nulidad la actuación que desborde los cauces de la ritualidad, sino también de declaratoria de inconstitucionalidad por atentar contra este derecho fundamental.

No es garantía el principio del debido proceso de que todas las partes gocen de la igualdad, porque, como ya se dijo, se trata de una igualdad formal, pues se limita a dar a todas las mismas oportunidades señaladas por el legislador en el diseño del proceso. Para que la igualdad sea material debe el proceso no sólo ofrecer a todos los sujetos el disfrute de las mismas oportunidades de intervención, sino también las efectivas herramientas para defender sus propios intereses. Si alguno de los sujetos procesales

50 Ob. cit. pp. 375 y 376.

está en mejor posición que otro, bien puede ocurrir que tal desventaja no afecte al debido proceso por estar aquella autorizada legalmente, caso en el cual el proceso se ha cumplido conforme a lo perfilado por el legislador; sin embargo, sí se puede aducir en tal supuesto la violación del principio de la igualdad, si se constata la supremacía de algún sujeto procesal otorgada por la misma ley.

El derecho fundamental de contradicción, señalado por el art. 29 de la C.N. contribuye a asegurar la igualdad de todos los sujetos procesales. Esto, porque la parte contra la cual se pretenda hacer valer una prueba tiene derecho no sólo a conocerla, por virtud del principio de la publicidad, sino a analizarla y a discutirla. No es suficiente que el juez diga que la prueba le da certeza, sino que tiene la obligación de decirle a las partes el por qué de tal conclusión. Debe valorar la prueba para afirmar no sólo el por qué le cree o no a determinado medio probatorio, sino también para decir por qué no acepta el juicio de valoración que algún sujeto ha hecho de todo o parte del material probatorio. Así quedan en igualdad juez y parte. Contradicción que se concreta también en el derecho de recurrir contra las providencias que denieguen la admisión o práctica de pruebas y contra las que hacen valoraciones que la parte impugnante considere desacertadas o equivocadas, por haber errado el funcionario en su apreciación.

Al juez y al fiscal les obliga contestarle a los sujetos procesales si acepta o no las particulares tesis sobre los hechos probados, teniendo que fundamentar y motivar su rechazo o aceptación. Si el funcionario encargado de valorar la prueba (juez o fiscal) no da razones sobre su particular convicción, viola no sólo el principio de contradicción, sino, también, el de la igualdad, porque en tales condiciones se coloca en un plano superior al tomar decisiones de acuerdo a su íntima valoración, imposible de ser comprendida y censurada por las partes. Ese conocimiento de la valoración de la prueba que hace el fiscal o el juez garantiza los principios de contradicción e impugnación, en los cuales se concreta también el de la igualdad. Si la ley concediera autonomía absoluta al juez o al fiscal en materia de valoración de la prueba, indudablemente que las demás partes estarían en desventaja.

Es, por consiguiente, atentatorio contra el principio de la igualdad todo tipo de tratamiento discriminatorio otorgado por la ley. De modo que la equiparación va a contribuir no sólo a constatar la inconstitucionalidad de algunos preceptos procesales, sino también a llenar algunos vacíos de interpretación existentes en la ley procesal penal.

Varias normas del nuevo estatuto procesal concretan el principio de igualdad. Entre otras las siguientes: el derecho que tiene la víctima o el perjudicado a ejercer directamente el derecho de petición de pruebas y de información (art. 28), pues no puede reservarse este derecho exclusivamente a quien tenga recursos económicos suficientes para pagar una constitución de parte civil; la inoponibilidad a la parte civil del acuerdo que se celebre entre el procesado y el fiscal, en la audiencia de terminación anticipada del proceso, ya que sería desequilibrado que tales sujetos pudieran decidir la cuantificación de los daños a espaldas del damnificado, dejándosele la posibilidad a la parte civil de intentar por otros medios la satisfacción de las indemnizaciones pertinentes (art. 37); la imposibilidad de que el perjudicado con el hecho punible inicie simultáneamente acción

civil dentro del proceso penal y ante la jurisdicción civil, pues entre los requisitos de la demanda de constitución de parte civil se señala la declaración jurada de no haber promovido proceso civil alguno, encaminado a obtener la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con el hecho punible (art. 46), con lo cual está cerrando paso definitivamente al abuso del derecho, el que concreta la desigualdad; la imposibilidad de imponer condena al pago de perjuicios cuando en el proceso penal obrare prueba de que el ofendido ha promovido independientemente la acción civil (art. 55), por las mismas razones señaladas; el derecho al cambio de radicación del proceso cuando existan circunstancias que puedan afectar la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicato o su integridad personal (art. 83), pues de lo contrario no habría una justicia igual; el establecimiento de causales de impedimento (art. 103), por las mismas razones antes señaladas; la procedencia de la acción de revisión cuando, mediante pronunciamiento judicial la Corte ha cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria (art. 232), ya que estaría en desigualdad quien ha sido condenado con anterioridad a tal cambio jurisprudencial, porque por los mismos hechos recibirían tratamiento punitivo desigual; y, otros preceptos varios que materializan dicho valor superior.

A pesar de que la igualdad ha sido elevada al rango de valor superior y principio fundamental, en la nueva ley de enjuiciamiento encontramos varias disposiciones que riñen contra ella. Haremos referencia solamente a algunos de los preceptos que dan tratos diferenciales, poniendo ello de manifiesto que aún no se ha desterrado de nuestra ley penal las prácticas discriminatorias.

El art. 293 autoriza la reserva de la identidad del testigo (institucionalizándose la prueba secreta), para sujetos procesales distintos al Fiscal, en los procesos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales, pues dicha disposición autoriza sólo al juez y al fiscal conocer tal identidad para la "valoración de la prueba", lo cual no sólo impide el ejercicio del derecho de controversia y contradicción, sino que también coloca a las partes en desventaja, especialmente a la acusada porque no sabe quién lo muestra como responsable dentro del proceso, no pudiendo controvertir la prueba, pues la contradicción no se refiere exclusivamente al medio probatorio sino también a su fuente y origen. La prueba secreta viola, entonces, dos principios: el de contradicción y el de igualdad.

Viola el principio de igualdad el art. 457, porque establece un tratamiento discriminatorio en materia de juzgamiento, pues en tanto que en la mayoría de los procesos se celebra audiencia, en la cual se desarrolla el debate oral y público, no sólo para formular alegaciones sino también para controvertir la prueba, concretándose además el derecho fundamental de la publicidad (art. 29 C.N.), en los procesos de conocimiento de los jueces regionales se recorta tal derecho, porque no hay juzgamiento, ya que no se produce juicio público ni oral, pues el "debate" se limita a la presentación de alegatos escritos. Tratamiento diferencial que también se advierte en la tramitación del recurso de apelación

contra la sentencia, porque a los acusados por procesos de competencia del Tribunal Nacional no se les da la oportunidad de solicitar la celebración de audiencia pública para la sustentación del recurso (art. 214). Pero para una mayor perplejidad, encontramos que el art. 457 dispone que "La notificación y recursos se tramitarán conforme a lo establecido en los art. 190 y 213 de este Código", de modo que la sentencia se puede notificar mediante estado (art. 190).

Pero el trato discriminatorio aumenta si se tiene en cuenta que el numeral 3 del art. 415 del C. de P. P. dispone que en los procesos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales, la libertad, cuando se dicte preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, sólo procederá cuando quede en firme la decisión, mientras que en los demás procesos (la mayoría), la libertad se hace efectiva una vez se tome tal determinación en primera instancia.

No se necesita mayores argumentos para concluir que el procesado por delincuencia de "orden público" está en desventaja, con lo cual se viola el principio de la igualdad, siendo entonces, inconstitucionales los preceptos que desconocen tal valor superior. No es posible argumentar que son desiguales, y que por consiguiente merecen tratamiento desigual, porque veamos que lo relevante para señalar discriminaciones debe estar justificado y además debe ser necesario, ingredientes que no se dan respecto de tal delincuencia, además de que el Estado no ha dado cabales explicaciones en tal sentido.

7. REFLEXIONES FINALES.

Terminamos, llegando a la conclusión de que aún no nos hemos percatado del verdadero sentido y alcance del valor superior de la igualdad, el cual pasó sin mayores tropiezos en la constituyente. Quienes de una u otra manera somos protagonistas en los menesteres jurídicos, bien en la judicatura o en la academia o en el litigio, tenemos el compromiso de hacer de éste, lo mismo que de los demás principios y derechos fundamentales, una realidad ante la vida y no convertirlos simplemente en vacíos enunciados retóricos, pues sólo así materializaremos la Constitución y la colocaremos en donde la han querido dejar los constituyentes, como fruto de este histórico consenso nacional, para hacer de la nuestra una Constitución normativa, desde el punto de vista ontológico y no simplemente semántica⁵¹, es decir que sea viva y, lo más importante, que sea "vívica" por destinatarios y detentadores del poder, pues si no es observada lealmente por todos nosotros (los interesados), lo único que lograremos será la formalización de una situación de poder político en beneficio exclusivo de unas minorías,

51 Cfr. LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución, Ariel S.A., Barcelona, 1.983, pp. 217 y 218.

aumentando cada día más la desigualdad y haciendo más profunda la brecha. Utilizando el mismo símil del constitucionalista alemán LOEWENSTEIN⁵², decimos que debemos procurar que la Constitución sea un traje que sienta bien y que se lleva realmente, y no simplemente un disfraz.

52 Ibidem.

LI

MIGUEL
Aboga
Autón

INTRC

Va
práctic
jurispr
por las
cabo,
de her

De
y la ap
las ga
concre
de que
ver coi
mientc
connoi
penal,
consid
materi
verdac

El
realida
es el c
a la ir
mismc
actituc
en el a
sucedi
ellos r
entonc
nalme
mente
prohib
de la s

LA PROHIBICION DE ENAJENAR Y EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN MATERIA PENAL

-Un caso práctico-

MIGUEL ANGEL PEDRAZA JAIMES
Abogado Titulado de la Universidad
Autónoma de Bucaramanga

INTRODUCCION

Varios y diferentes son los problemas jurídicos que se suscitan al interior de la práctica judicial y litigiosa, encontrando algunos de ellos soluciones nítidas en la jurisprudencia y la doctrina, aunque otros no del todo clarificados y bien controvertidos por las disímiles posiciones existentes al respecto. Todas esas posiciones, al fin y al cabo, valiosas en la medida en que se fundamenten con seriedad y con buena lógica de hermenéutica jurídica.

Dentro de la amplia gama de problemas jurídicos que encontramos en el ejercicio y la aplicación del derecho penal, uno de ellos dice tener relación con los derechos y las garantías que le corresponden a la parte perjudicada con el hecho punible, su concreción y su reconocimiento estando en curso el proceso penal y antes -o después- de que se profiera la correspondiente sentencia de fondo. En todo esto que tiene que ver con los perjudicados con la infracción se pregona el principio rector del Restablecimiento del Derecho y se alude a la responsabilidad civil derivada del hecho punible, con connotaciones que merecen un tratamiento particular en el procedimiento de represión penal, pues es preciso destacar que no basta apenas una sentencia de condena para considerar resarcido el daño ocasionado a los perjudicados, sino que es prudente materializar sus derechos (o sus garantías procesales) para de tal manera invocar un verdadero cometido de justicia sin exageraciones ni ambigüedades.

El caso de la especie trata de un problema que tiene frecuente ocurrencia en la realidad pero que pocas veces es discutido con acierto en el propio proceso punitivo: es el conocido asunto de aquel hombre que después de delinquir y de ser vinculado a la investigación penal, enajena sus bienes para evitar la persecución civil de los mismos dentro del proceso penal y para sustraerse al pago de perjuicios. Ahí, con esa actitud, claro es que aparece violada la norma de la prohibición de enajenar contenida en el art. 59 del C. de P.P., pero así mismo ahí es donde debemos preguntarnos lo que sucede con los derechos de los perjudicados y las posibilidades que existen para ser ellos restablecidos en ejercicio de la acción civil al interior del proceso penal. ¿Cómo entonces se garantizaría el pago de perjuicios?; ¿puede el juez penal declarar extrapenalmente la nulidad de esa enajenación?; y si declara la nulidad, ¿qué procede procesalmente en favor de los perjudicados?; ¿o puede el Juez, existiendo la violación a la prohibición de enajenar, diferir la declaratoria extrapenal de la nulidad para el momento de la sentencia? Estos interrogantes son dignos de solución jurídica y ofrecen además

una excelente oportunidad para un pronunciamiento al respecto, que consulte el espíritu de la lógica y que respete ante todo los principios orientadores del enjuiciamiento criminal.

Con ocasión de un caso real de similares características y de mi participación en éste como representante de la parte civil, me pronuncié al respecto en impugnación luego de que el juez de la causa negara la declaratoria extrapenal de la nulidad de la venta de un inmueble por el procesado y resolviera diferir esa decisión para el momento de la sentencia. Vayan pues estos argumentos para abrir la discusión sobre el tema, y que conste, eso sí, que es mi posición pero que con respeto académico admite mejores propuestas en contrario:

Señor:

JUEZ PENAL DEL CIRCUITO
Ciudad

REF: Proceso contra A.R.S. por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO.

MIGUEL ANGEL PEDRAZA JAIMES, abogado en ejercicio, portador de la T.P. 53.333 del Ministerio de Justicia, en mi condición de representante de la parte civil dentro de las diligencias penales de la referencia, por medio del presente escrito interpongo ante Usted RECURSO DE REPOSICION y en subsidio de APELACION contra la providencia calendada en septiembre diez (10) de esta anualidad (1992), por medio de la cual se abstuvo de resolver la solicitud de declaratoria extrapenal de una nulidad de naturaleza civil dentro del proceso punitivo, deferiendo dicha decisión para el momento de dictar la sentencia correspondiente.

Fundamentos basilares de mi impugnación son los que a continuación puntualizó:

PRIMERO: PRESENTACION DEL PROBLEMA

A manera de introito comenzaré apoyando las bases de mi inconformidad en un claro aserto expresado por un estudioso Magistrado del Tribunal Superior de Medellín (SALAZAR MARIN, Mario. El Juez penal debe velar por el resarcimiento del daño. En "Nuevo Foro Penal", Temis, No. 39, 1988, P.p. 136 y 137).

"EL JUEZ PENAL COLOMBIANO HA TRABAJADO SIEMPRE CON PREPONDERANTE INCLINACION HACIA LA PENA QUE SE DESPRENDE DEL DELITO, PERO MUY POCO FRENTE A LA OBLIGACION CIVIL QUE DE EL SURGE. Y AUNQUE EL DELITO GENERA ACCION PENAL Y CON FRECUENCIA ACCION CIVIL, QUE EN SU ORDEN SON OBJETO PRINCIPAL Y ACCESORIO DEL PROCESO PENAL, POR LO QUE EL JUEZ PENAL HA DE REALIZAR CABALMENTE EL OBJETO DEL PROCESO, SECULARMENTE SE HA OLVIDADO DE SU DEBER DE RESTABLECER EL DERECHO PRIVADO CONCULCADO, LIMITANDOSE SOLO A LOS EFECTOS PENALES DEL PROCESO".

Y más adelante agrega a manera de sabio consejo refiriéndose al principio del restablecimiento del derecho:

"ELLO (la naturaleza del principio) OBEDECE A LA MODERNA Y CONSTANTE PREOCUPACION DE HACERLE CUMPLIR UN PAPEL MAS ACTIVO Y EFICAZ AL JUEZ PENAL. POR ESO, PARA QUE EL ESTADO DE DERECHO NO SE CONVIERTA EN MERA RETORICA, EL JUEZ -mediante su instrumento que es el proceso penal, pero con vista en todo el ordenamiento jurídico- DEBE RESOLVER LAS CUESTIONES EXTRAPENALES, SEAN ELLAS CIVILES, LABORALES, ADMINISTRATIVAS, ETC, PERO AL FIN LEGALES, PARA QUE SEA VERDADERO PROTAGONISTA DE LA RECUPERACION DEL DAÑO Y PARA QUE EL ESTADO NO SEA INFERIOR A LA FUNCION QUE ESTA LLAMADO A DESEMPEÑAR EN BIEN DE LA COMUNIDAD".

La especie jurídica de que aquí se trata encuentra eco y calco suficiente en las palabras transcritas, sobre todo porque a partir de la decisión del Juzgado que ahora impugno, en evidencia queda que hay mucha preocupación por la labor de represión penal pero poca o casi ninguna frente al resarcimiento de los daños y perjuicios provenientes del hecho punible o hacia la garantía para el pago de los mismos estando en curso el respectivo proceso penal. La nulidad de la venta del inmueble que con precedencia solicitó este estrado acusatorio, concretamente tiene su génesis en el hecho evidente de procurar garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado con la infracción criminal y en el hecho notorio de evitar una burla para la administración judicial ante el afán de otros -como los procesados que pretenden insolventarse- para impedir la efectiva materialización de los propósitos y las resoluciones de la judicatura.

Ante ese panorama y bajo esas pretensiones -legales todas, por supuesto-, lo que ha venido intentando la parte civil en este diligenciamiento no ha sido otra cosa diferente sino propugnar por el respeto a un principio rector del derecho penal adjetivo como lo es el del "restablecimiento del derecho" (art. 14 del C. de P.P.), principio ante el cual se persigue la recuperación de los derechos conculcados con la ilicitud volviendo las cosas a su estado anterior y se protegen judicialmente los intereses de los perjudicados para que su pretensión indemnizatoria no se torne ilusoria sino real y efectiva dentro del mismo proceso de represión penal.

Como el Juzgado Cognoscente decidió diferir para la época de la sentencia la decisión (art. 454 del C. de P.P.) sobre la petición de declarar extrapenalmente la nulidad de un negocio jurídico realizado por el procesado y que lesiona los intereses de la parte civil, el quid de este asunto se concentra entonces en determinar si en efecto resultaba jurídicamente procedente diferir esa decisión sin afectación hacia el trámite del proceso -y concretamente hacia el trámite de la acción civil dentro del proceso penal-, o si por el contrario, se produjo sí un conculcamiento a los derechos inherentes de los perjudicados con violación de expresos mandatos legales, lo cual hacía pertinente el pronunciamiento extrapenal del Juzgado sobre el punto de la nulidad. En síntesis, el problema jurídico quedaría planteado así: Al diferirse hasta el momento de la sentencia la declaratoria extrapenal de una nulidad de carácter civil, se respetó con ello el derecho de los perjudicados a obtener una garantía indemnizatoria en curso del proceso penal,

o se violaron por el contrario sus prerrogativas y se afectó el trámite de la acción civil dentro del diligenciamiento punitivo?

La respuesta deviene nítida para la segunda alternativa si en armonía con el principio del "restablecimiento del derecho" y con la integridad del procedimiento mismo se estudia la petición de la parte civil, quedando claro que es preciso analizar el fenómeno bajo dos presupuestos fundamentales: primero, que los principios rectores que informan la legislación procesal son de obligatorio cumplimiento y "prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código" (art. 22 ibídem); y segundo, que el procedimiento penal no es sólo lo concerniente a la acción punitiva, sino que también comporta un trámite adjetivo para el adelantamiento de la acción civil, el cual merece ser respetado y puede en sí afectar el decurso del procedimiento cuando se presenta un desequilibrio en relación con los intereses de las víctimas o perjudicados.

SEGUNDO: RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Y CUESTIONES EXTRAPENALES

El principio, como se ha visto, está orientado a la protección de los intereses de los perjudicados con el delito, cuando éstos deciden acudir a su reclamación por la misma vía del proceso penal. Por eso, la antigua legislación procedimental enunciaba este postulado rector del "restablecimiento del derecho" diciendo que "el juez resolverá las cuestiones extrapenales que surjan en el proceso, de modo que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban antes de la comisión del hecho punible", lo cual sin duda le permitía al Despacho decidir aquellos asuntos que no se referían directamente con el proceso de punición pero que sí tenían referencia con los efectos derivados por el hecho punible en otras áreas del derecho.

La nueva codificación procesal, aunque en el contexto del principio no hizo alusión expresa a la facultad del juez para resolver las cuestiones extrapenales, de todos modos sí mantuvo esa intrínseca filosofía al destacar que "las autoridades judiciales deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible y las cosas vuelvan al estado anterior", medidas necesarias que indudablemente tienen que ver con aquellas cuestiones extrapenales dignas de ser resueltas en el mismo procedimiento punitivo porque fueron producto de la comisión del hecho delictual. Y sin embargo, de todas maneras la alusión legal para resolver esas cuestiones se mantuvo, si con buen tino se advierte el texto jurídico con que inicia al art. 40 del C. de P.P., que dice hacer relación al fenómeno de la prejudicialidad: "LA COMPETENCIA DEL FUNCIONARIO SE EXTIENDE A LAS CUESTIONES EXTRAPENALES QUE SURJAN EN LA ACTUACION PENAL". Más claro no puede evidenciarse el mandato procesal, y en ese orden y bajo esa inspiración están llamados los jueces a obrar con prontitud, eficacia y buen juicio, como que de lo contrario ellos mismos estarían propiciando el menoscabo hacia un principio rector del código de procedimiento y lesionando inexorablemente el equilibrio de la relación procesal al desatender los intereses de uno de sus extremos, como para el caso lo constituyen los perjudicados con la infracción.

Pues bien, si ello es así como en realidad lo es en estricto derecho, no puede

entenderse como válida una postura tal que se abstenga de resolver una cuestión extrapenal surgida con ocasión del hecho punible y puesta en evidencia en el curso del proceso, intentando diferir su decisión hacia un momento adjetivo posterior pero sin medir las consecuencias que ello podría acarrear para el trámite mismo de la acción civil dentro del proceso penal y para la real garantía de los perjuicios en cumplimiento del principio rector del "restablecimiento del derecho". Las cuestiones extrapenales que surgen en el trámite de punición deben resolverse pronta y eficazmente para restaurar los derechos conculcados con la ilicitud y deben armonizarse siempre con la mejor hermenéutica del postulado general del "restablecimiento del derecho", que, en su aplicación, es de obligatoria observancia y prevalece sobre las otras disposiciones del estatuto instrumental (art. 22 C. de P.P.)

De otro lado, si se observa con detenimiento la cuestión extrapenal motivo de la precedente petición de este estrado de la parte civil (declaratoria de nulidad de la venta de un inmueble de propiedad del procesado, luego de la comisión del hecho punible), resulta más inadmisibles la postura judicial de abstenerse de resolver la misma y diferirla para la época de la sentencia, cuando de bulto es conocido que con tal negociación el procesado violó un dispositivo procesal que le prohibía rotundamente enajenar sus bienes "durante el año siguiente contado a partir de su vinculación jurídica". Es preocupante y desconcertante, por decir lo menos, que un Juez de la República advierta que un procesado -o una persona- viola las normas de juridicidad del país (art. 59 del C. de P.P.), que advierta además que dicho sujeto se sustrajo al contenido de una prohibición expresa, y que sabiendo que esa "cuestión extrapenal" puede resolverse dentro del mismo proceso punitivo por conducto del principio del "restablecimiento del derecho", se abstenga de pronunciarse al respecto y difiera su decisión para un momento posterior frente al que puede resultar tardía la protección de los derechos del perjudicado y mucho más tardía, claro está, la garantía indemnizatoria que se persigue con el ejercicio de la acción civil estando en curso el proceso penal.

Por eso, a la hora de ahora válido es decir que no se aprecia ninguna excelencia conceptual en la decisión del Juzgado y que por el contrario ella sólo refleja un desequilibrio en la relación procesal, dejando en desamparo los derechos del perjudicado y postrándolos a que lleguen a sentencia sin ninguna garantía indemnizatoria, como si el proceso penal apenas estuviera reducido a la imposición de una pena y punto.

Con esa decisión que ahora impugno, bastaría significar -parafraseando al magistrado SALAZAR MARIN- que el Juzgado no ha querido ser verdadero protagonista de la recuperación del daño, a pesar de que sabe que debe serlo porque también está llamado a procurar la garantía de indemnización de perjuicios en favor del perjudicado, siempre que estén reunidas las condiciones para hacerlo -como en este caso lo están-.

TERCERO: IMPLICACIONES DE LA DECISION QUE SE ABSTUVO DE RESOLVER LAS CUESTIONES EXTRAPENALES

Con la decisión del Juzgado no cabe duda que se han vulnerado los derechos inherentes al ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, como quiera que en la tramitología a adelantar para lograr el resarcimiento de perjuicios -en caso de

condena- tendría necesariamente que acudir a la jurisdicción civil para promover allí un proceso ejecutivo singular por no existir en el diligenciamiento penal bienes embargados o secuestrados (art. 58 Inc. 1 del C. de P.P.). Situación contraria sucedería si se lograra la garantía de perjuicios en desarrollo del proceso de punición o, como lo ha insistido este estrado, si el Juzgado entrara a resolver con buen tino la declaratoria extrapenal de nulidad y procediera en consecuencia al embargo y secuestro del bien inmueble de propiedad del procesado A.R.S. En este último evento resulta claro que se tornaría más fácil y expedita la realización material de la pretensión indemnizatoria, apenas siguiendo los lineamientos del remate de bienes sin necesidad del adelantamiento íntegro de un proceso civil.

Magistrados del Tribunal Superior de Bucaramanga han sido claros al explicar esta situación, y en esa virtud bien vale la pena recordar sus doctrinarios argumentos sobre el punto:

"YA SE ADVIRTIO COMO LA PROVIDENCIA QUE CONDENE AL PAGO DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL DELITO, UNA VEZ EJECUTORIADA O EN FIRME PRESTA MERITO EJECUTIVO ANTE LA JURISDICCION CIVIL CUANDO NO HUBIERE BIENES EMBARGADOS O SECUESTRADOS. EN CASO CONTRARIO, SE ENVIARA, DE OFICIO Y SIN DILACION AL JUEZ CIVIL COMPETENTE, COPIA AUTENTICA DE LA PROVIDENCIA Y DEMAS PIEZAS PROCESALES PERTINENTES A FIN DE QUE ESTE, PREVIAS LAS FORMALIDADES PREVISTAS EN LA LEY PROCESAL CIVIL (ARTICULOS 521 Y SS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL), DECRETE Y PROCEDA AL REMATE DE BIENES.

"EL JUEZ CIVIL PROCEDERA A DECRETAR Y PRACTICAR NUEVOS EMBARGOS Y SECUESTROS DE OTROS BIENES SI ASI LE FUERE SOLICITADO, SIN NECESIDAD DE CAUCION, PARA QUE CON EL PRODUCTO DE SU REMATE SE ATIENDA EL PAGO DE LA INDEMNIZACION, QUEDANDO CLARO QUE EN TODOS ESTOS EVENTOS NO SE ADMITIRAN EXCEPCIONES NI SERA NECESARIO PROFERIR SENTENCIA".

Y agregan más adelante:

"EL ESTATUTO PROCESAL PENAL, DE OTRA PARTE, NO PRECISA A QUIEN CORRESPONDE REALIZAR EL PAGO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS TASADOS EN EL FALLO CONDENATORIO Y LA DEVOLUCION DE LAS SUMAS EXCEDENTES; SI AL JUEZ CIVIL QUE REALIZA LA DILIGENCIA DE REMATE O AL JUEZ PENAL QUE HA PROFERIDO LA RESPECTIVA SENTENCIA. EN NUESTRO CONCEPTO AMBOS FUNCIONARIOS PUEDEN HACERLO, SOLO QUE CONCLUIDA LA ACTUACION DESARROLLADA EN EL AMBITO CIVIL EL JUEZ ENCARGADO DE LA DILIGENCIA DE REMATE DE BIENES DEBE INFORMAR AL JUEZ PENAL EL RESULTADO DE LA GESTION QUE LE FUE ENCOMENDADA PARA QUE OBRE EN LA CAUSA LA RESPECTIVA CONSTANCIA" (CORSO MORALES, Luis Eduardo y GOMEZ QUINTERO, Alfredo. La acción civil en el nuevo Código de Procedimiento Penal, Bucaramanga, 1992, P.p. 37 y 38).

Por manera que, señor Juez, notorio resulta que al abstenerse el Juzgado de decidir la cuestión extrapenal invocada -y por ende abstenerse de garantizar perjuicios ante la imposibilidad del embargo,-lo que se hizo fue cerrarle al perjudicado y a la parte civil esa vía de acceso de materialización de la reclamación de perjuicios por conducto del mismo proceso penal, impidiendo la alternativa del remate del bien inmueble en el evento de sentencia condenatoria, con lo cual entonces tendrá el perjudicado que adelantar otro proceso como si en esencia ese fuera el cometido primordial de su pretensión indemnizatoria en el enjuiciamiento criminal. Que conste así porque así ha sido, y todo porque el Juzgado no le ha querido garantizar el pago de perjuicios al perjudicado, aún cuando tiene los elementos de juicio suficientes para proceder a su garantía antes de adentrarse en la actividad falladora de fondo.

Con lo expuesto se muestra patético otra vez el menoscabo al principio rector del "restablecimiento del derecho", el cual un estudioso autor ha explicado diciendo que por su misma naturaleza apunta hacia el hecho de "velar por una pronta y cumplida administración de justicia evitando que el ciudadano tenga que acudir a jueces civiles, administrativos o de otra índole, con un doble y desgastador procedimiento que sólo comporta mayores expensas para su peculio, a fin de hacer efectiva su pretensión" (VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Las normas rectoras del Código Procesal Penal, Señal Editora, Medellín, 1991, p. 68).

-Una última acotación que preocupa:

Al estrado de la parte civil le llama la atención, en última instancia, el hecho de que el Juzgado ordenara recepcionar en audiencia pública los testimonios solicitados para demostrar las ganancias del occiso y los perjuicios ocasionados, sin consideración pues a que para la práctica de estas pruebas ha podido fijar un término judicial y luego promover un "estudio previo" para la regulación de perjuicios por medio de perito idóneo, a efectos de poderlos liquidar técnicamente en la sentencia tal y como se lo impone el art. 55 de la codificación procedimental.

En este punto es de insistir que el Juez también debe velar por la forma como ha de proceder a liquidar los perjuicios y no dejar para último momento tal cometido de imperio judicial. Por eso, hubiera resultado más conveniente la recepción de esos testimonios para que, con base en ellos y en la incipiente prueba que existe sobre los daños materiales, un perito después colaborara con la justicia para regular los perjuicios de orden material y moral, atendiendo con técnica a los conceptos de daño emergente y lucro cesante, daño moral objetivado y daño moral subjetivado, con actualización y corrección monetaria, como en efecto debe hacerse para en realidad propugnar por el efectivo resarcimiento y pago de los perjuicios provenientes de la ilicitud.

Sobre esta última acotación también radica mi censura y sobre ella demando un concreto pronunciamiento por parte del Despacho.

CUARTO: PETICION CONCRETA

Depreco del Juzgado, con el respeto debido, proceda a resolver favorablemente el

recurso de reposición interpuesto y, en consecuencia obvia REPONGA su propio proveído fechado en septiembre diez (10) de este año, procediendo a su turno a la declaratoria extrapenal de la nulidad civil solicitada y al decreto y embargo del bien inmueble ubicado en... Y así mismo, que reponga lo censurado frente a la práctica de las pruebas solicitadas, fijando un plazo judicial para su recepción y designando perito para la regulación de perjuicios.

En el evento de no ser de recibo esta primera solicitud impugnatoria, ruego al Juzgado conceder el recurso de apelación incoado, para que sea entonces la superiodidad del Tribunal la entidad de la judicatura que entre a dar luz sobre los problemas planteados y a clarificar jurídicamente el conflicto.

Finalmente, considero mi deber excusarme por lo prolijo que pueda parecer este alegato que pretende enervar la providencia del Juzgado a partir de defender los justos intereses de los perjudicados con la infracción punible. Pero ese es mi estilo, señor Juez, y así es mi discurrir, sobre todo cuando el asunto que se discute es de suma trascendencia jurídica y merece ser tratado con lógica, buen juicio y espíritu académico. Las inconformidades son más pues pertenecen a mi estudio y a mi hermenéutica; no son de nadie más, pero pretenden siempre acercarse a la verdad. Me apoyo para terminar en las sabias orientaciones de un brillante Magistrado de la Suprema Corte -JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTINEZ-, que, por su esplendencia conceptual y por la pertinencia de su aserto, ayudan a revelar mi parecer profesional sobre las razones que a veces me llevan a impugnar ciertas decisiones judiciales. Alguna vez dijo él y ahora yo repito:

"LA DISIDENCIA TIENE LA VIRTUD DE DEJAR INTACTA LA TAREA DE DISCERNIR Y LA INDEPENDENCIA DE LOS HOMBRES. VENGA ELLA EN BUENA HORA SI TIENE FUNDAMENTO Y MUCHO DE VERDAD, ASI SE QUEDE SU ACTOR SOBREALIMENTADO DE SOLEDAD Y DISTANCIADO DE CAVILACIONES AJENAS. PERO ESTO ES ESTAR EN PAZ CON LOS DEMAS Y CON UNO MISMO".

Del Despacho Judicial, con respecto y acatamiento,

MIGUEL ANGEL PEDRAZA JAIMES
T.P. 53.333 del Minjusticia

Nota: El Juez de la causa negó la reposición y envió el diligenciamiento a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga para que allí se resolviera el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto. El Tribunal confirmó la decisión del Juzgado, argumentando -entre otras- que a la petición primera de declaratoria extrapenal de la nulidad debió dársele el trámite incidental previsto en los arts. 150 y ss del C. de P.P., para escuchar a los terceros adquirentes de buena fe, situación ésta que fue omitida por el juzgador de instancia.

Queda pues, abierto el debate.

FACULTAD
DE
DERECHO

A

REA DE DERECHO PROCESAL

T E M A S
SOCIO-JURIDICOS

ETICA, ESTETICA Y PRESENCIA DEL JURISPERITO

DR. AVELINO CALDERON RANGEL

CAPITULO II

UNA MANERA SOBRIA Y RESPETUOSA DE OBRAR

Uno de los perfiles más importantes... que el estudiante (como futuro Abogado) y el actual profesional, tienen que obtener y saber manejar en su subsistencia prendida al derecho, indudablemente lo constituye el saber guardar en cualquier instante la compostura y el decoro, el no pelearse como cualquier mortal... aún frente a rasos semejantes; o, el ser irascible. Se auna a esa ideal manera de ser, la de no tomar a "pecho" o con vehemente y ciega pasión los asuntos judiciales o las causas que se defienden; al punto de tener que estar internamente convencidos de que el "proceso" y la labor del jurisperito, son apenas un permanente pero intelectual juego de fuerzas; un duelo de ajedrez jurídico... Quizá de todos los días; pero en él no se puede agredir de palabra o por escrito, y menos aún tomárselas frente al juez o la contraparte, al estilo del despreciable terrorista, de los forzudos ignorantes; o, de los que no tienen sino a la violencia por razón. Esta final "performanace" es condenable y acaso puede tornarse en actitud autodestructiva y desastrosa...; cuando en aspectos orgánicos, nos topamos con un adversario de mayor porte o de mejor poder físico. Allí los resultados serían de lamentar!

Con pie en las ideas precedentes, no se puede creer que alguna vez los luchadores del intelecto, (que así se podrían llamar los abogados), tengan que defender con tanto ahínco sus ideas que... deban trasladarse al campo de Marte o de los hechos y llegar aún al pugilato, como no pocas veces ha ocurrido. Santo Dios! Primero se tendría... con toda honestidad que pensar en la cancelación de la matrícula y de la tarjeta profesional, con ingreso habilitado hacia las academias de artes marciales o a las cuerdas de boxeadores, porque el ámbito de los letrados en leyes propende precisamente por logros disímiles; por el triunfo de las ideas sobre la fuerza (en planos y en cuestiones abstractas); con la contundencia de la lógica y no con el convencimiento hijo de la fuerza y la amenaza. Los Abogados no pueden ser comadres de vecindad, gladiadores a la usanza de la antigua Roma, o pendencieros bravucones de barriada.

Así las cosas, los "encuentros" y discusiones razonadas que seguramente se van a tener que sostener en el devenir de los litigios o de las funciones que acaso se acepten, serán por esencia confrontaciones de argumentos, esperándose en cada ocasión que la inteligencia, el convencimiento y las pruebas, estén paso a paso por encima de la torpeza, de la terquedad y de la sinrazón.

La experiencia indica que; en la nuez de su oficio, cada día y en todo pleito, el profesional del Derecho tiene y debe medir fuerzas..., pero en niveles de intelecto: un

campo en el que reina la inteligencia y la imaginación; en el que hay que saber aguantar al colega de la contraparte, ora a tal cual impertinente tercero; o, en por enésima vez en relación con el funcionario o Juez; todo en área de impoluto respeto, de debida circunspección y, ojalá... de plácida y paciente ironía cuando se sabe con certeza ser tenedor del derecho y de sus formas de reclamo válido, a sabiendas de que quien ríe de último.. ríe dos veces!

A estos particulares cabe recabar aquí la operancia y vigencia de la enseñanza popular que predica que, se debe dar a los demás (y por lo tanto recibir)... el trato que uno mismo merece y ofrece; lo que también va frente al Oficial de la Justicia .

Tal como se viene exponiendo, entendamos que al abogado le interesa sobremanera alejar la fuerza, la coacción, la descortesía, el grito, la amenaza, el anónimo, la aleva denuncia, etc., etc., etc... porque no se ofrece espectáculo más urticante que aquel que se observa en el letrado que lanza denuestos y que despotrica a diestra y siniestra; tanto de sus colegas como de los administradores de justicia, cuando por ventura de las leyes o de los criterios... se pierde un pleito o alguna incidencia.

Es indudable que la mejor política es la de NO BATIRSE CON EL JUEZ, ni en los albos infolios del memorial mortificante, ni en el lindero del enfrentamiento verbal; y menos aún, en el campo de la venenosa denuncia "vengadora". Lo primero ocurre casi siempre con la aducción de alegatos y de escritos de doble sentido, mordaces y conjeturantes, de castellano macizo y de palabras altisonantes, en los que se le van endilgando al colega o al señor Juez (gratuitamente), cosas y hechos en los que aquellos quizá... nunca habían pensado!. Se dice en el argot popular que "el que las usa, las imagina"; y, no hace falta ponderar el acierto de la vox populi!

Sea como fuere, cuando un licenciado procede de anómala manera, sea de palabra, de obra o por escrito... (por más razones que le asistan); y no faltan, con su proceder también se hiere al hombre que hay detrás del abogado de la contraparte y/o del funcionario; provocando quien zahiere... actitudes de retaliación que, no tendrían razón de presentarse... de no ser por la propia conducta creadora o incitadora del memorialista de turno. Lo dicho deja a salvo que en medio de todo ello bien se podría configurar alguna falta y sanción disciplinaria... por irrespeto; que también acarrearía una perniciosa (para el cliente) devolución del acto de gestión, el que... en tales hipótesis, no tendría razón alguna para ser tramitado u oído.

Cosas del talento en referencia no pueden ser! Los abogados cuentan con los recursos; para ello existen las instancias y para esos infortunios ha sido creado el Superior Jerárquico. A no dudar que las herramientas de trabajo del togado deben ser nobles, civilizadas y eficaces!

En este punto, es dicente el párrafo que en seguida se transcribe; consignado con ponencia del Magistrado de la Sala Civil del Honorable Tribunal Superior de Bucaramanga Dr. Jorge A. Castillo Rugeles en Decisión del 26 de abril de 1988 en que, sobre el tema dijo:

"La Sala no puede dejar pasar esta oportunidad sin llamar la atención del señor apoderado de la parte demandante quien en sus memoriales se muestra irrespetuoso para con la contraparte, atentando contra la dignidad de su colega al emplear calificativos hirientes. La reclamación o la defensa de los derechos encomendados a los profesionales del derecho puede y debe ser adelantada sin necesidad de acudir a personalizaciones inútiles que atacan la solidaridad que se deben los colegas en el ejercicio de su profesión constituyendo, además, "grave error de técnica del patrocinio". "Abogadillos sin clientela", "seudo profesionales", etc., son expresiones que causan vejamen y que por irrespetuosas la Sala las rechaza enérgicamente. El a quo, en cumplimiento de claras normas del Código de los ritos, debió devolverles a su autor, el escrito respectivo".

A pesar de todo, no se pueden descartar los eventos en que el licenciado de veras que se siente molesto alguna vez... con una determinada actuación judicial, la que acaso incluso puede estar violando obstensiblemente las normas; o, que vaya en contra de otras directrices aplicables en dado caso. Nos parece aún que en tales interregnos dolorosos, el oficiante del foro -antes que descender- debe rescatar su derecho por las vías adecuadas, o... acudir con personalidad a los organismos de atalaya sobre los Jueces; en lo primero para lograr la revocación que se anhela; y en lo segundo, quizá para quejarse, pues sería entendible y lógico que un Abogado vaya a los vigilantes y que reclame, tanto como es de absurdo verlo entrar en planos de grosería, de insulto o de inclusión en sus escritos del rictus de hiel que -casos se han visto- lo empapan con la virulencia de quien carga el germen de su propia ruina.

Más increíble parece ser todavía la eventualidad de que tales decires sean expresados a voz en cuello en sitios públicos, en pasillos y en las tertulias profesionales, amén de cuanta ocasión se le presente al molesto,... a espaldas de la víctima...! La clase y el don de gentes, a veces no vienen de Salamanca!

Pensemos antes; por un minuto siquiera en el decoro! Aprendamos a saber manejar las expresiones y, a no adoptar posturas de ridiculez o de locuacidad, en las que se habla por la herida que ha dejado el proveído adverso o la ganancia del contrario. La pluma y la lengua; causa de los azotes de Dios según la conocida fraseología e idiosincrasia del común, deben ser en manos del Abogado, maravillosos instrumentos de convicción y de imposición de argumentos... hacia el entendimiento, la paz y la justicia!

Se tiene por averiguado y puede repetirse multitud de veces (sin pretender pasarnos al lado del conocido machismo de la raza), que a los funcionarios en la práctica, hay que tratarlos como a las damas! Los Jueces -especialmente- son dispendadores de justicia, y por lo tanto, hay que acudir ante ellos con sabiduría, con discreción y con elegancia. Ha de verse que si los profesionales en leyes no saben "pedirles" (expresión peyorativa que debe entenderse en su recto sentido), de seguro que no se obtendrán las cosas que se anhelan, y... si a regañadientes deviene lo rogado..., no habrá en ello la dulce miel de la satisfacción y del triunfo... (en sana puja y conquista), sino el sabor amargo del desprecio. Son maneras de vivir y de degustar!

En fin! La elegancia juris, (y me he referido precedentemente a los "pedidos desde el punto de vista jurídico", en la esperanza de que el lector no haya imaginado alguna

otra acepción), es la óptima manera de los letrados en Derecho que, no habrá de perderse nunca... ni aún en momentos de máxima ofuscación!

Mientras se crea el imperio de la ley, la sensatez y la delicadeza son calidades que en manera alguna se oponen al recto desempeño de la profesión, siendo bien cierto que estas dos cualidades deben permanentemente adornar al buen jurista.

Es bien cierto que hay letrados que no tienen estas dos aristas, ni por familia, ni por educación "continuada", pero es indudable que hasta el más duro de los metales se deja forjar! Lo vital por estos flancos, consiste en querer el cambio; y ojalá empezar desde ya esa auto-educación, si fuese necesario y posible desde el propio claustro universitario. Es estas materias, a fe que no hay árbol torcido, ni loro viejo!

FACULTAD
DE
DERECHO

A

REA DE DERECHO
INTERNACIONAL

T E M A S
SOCIO-JURIDICOS

Institución: UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA
Disertante: Oscar Eduardo Lazcano Henry -Embajador de Bolivia
Tema: "Bolivia hacia la recuperación de su cualidad marítima"
Facultad: Derecho - Instituto de Estudios Iberoamericanos
Coordina: Dra. Aída Fernández de Los Campos

Pretender abarcar en esta exposición los derechos bolivianos sobre el retorno al Océano Pacífico, no solamente sería una atrevida pretensión de mi parte sino también, un emprendimiento árido en donde hallaríamos demasiados antecedentes, una descripción de hechos largos y tediosos, una interpretación histórica quizás falible y unas consecuencias con detalles que, estoy seguro, cansarían a tan selecto auditorio. No es esa mi intención. Deseo de todo corazón, que ustedes dentro de estas sencillas palabras, encuentren un verdadero fundamento boliviano y una ansia de justicia que, como Diógenes, andamos buscando en un peregrinaje que dura más de 100 años por el mundo entero.

Puesto en claro lo anterior, intentaré presentar una reflexión en torno a un ideal panamericano que es, nuestra común necesidad de la integración que se viene practicando ya desde Méjico hasta la Patagonia. Y esto, no es casual.

El mundo que vivimos hoy, está cambiando vertiginosamente. Las ideas filosóficas y políticas válidas hasta ayer, ya no son tales. En muy poco tiempo hemos visto derrumbarse sistemas, imperios y países.

El mundo pareciera apresurarse a ingresar, con buen pie por supuesto, al pleno siglo XXI. Las regiones todas y las naciones, se están abriendo para entrar a la III Revolución Industrial que empezamos a vivir.

Estas sociedades abiertas o que se abren, son ya sociedades altamente informatizadas. Se vinculan cada día más. Sus redes de vinculación complejas y sofisticadas, son casi instantáneas.

Por otro lado, están estableciendo otras redes; monetarias y financieras que actúan dentro de esos espacios concertados preferentemente.

Quiérase o no, el pensamiento económico y la economía política se encaminan a un nuevo liberalismo global ante el fracaso del estatismo y de la teoría marxista-leninista.

Esta nueva forma que se asienta en el mundo entero, está desregulando los espacios nacionales para permitir la libre circulación de capitales y de las personas.

Los mercados cerrados con características nacionalistas, ya no son atractivos para nadie. Los centros de poder financiero y comercial están obligando a las naciones - consideradas individualmente- a aglutinarse, a formar mayores mercados ampliados.

La ciencia y la tecnología de avanzada, se llaman hoy infointensivas. Ahí están la cibernética, la informática, la biotecnología, la electrónica, etc., caminando, paso a paso, en avance incontenible hacia ese futuro de referencia.

Debido a ellas, estamos viendo actuar como en la ciencia ficción a los funcionoides con nombres de odex, hardiman, ciborg etc., de tal modo que, estos seres, están haciendo cambiar la estructura industrial y a muchas de ellas las han echado abajo por obsoletas. Ejs: la industria textil, de automóviles, etc.

De contraparte, están naciendo otras estructuras industriales que ya no requieren de las tradicionales materias primas o insumos. Estas últimas, empiezan a demandar de otros productos como son los polímeros, los composites, los híbridos, las cerámicas, etc. etc.

En América Latina, hemos tomado nota de estos acontecimientos. Conscientemente, avanzamos y retrocedemos ante el imperativo de unirnos y de integrarnos. La integración ya no tiene nombre de romántica o porque así, premonitoriamente, lo haya deseado el Libertador Simón Bolívar. Si así no lo hacemos, pues vamos hacia el camino del suicidio.

En esta parte entra en escena, el drama latinoamericano.

A sabiendas de que ahora y en el siglo que se viene, nuestras negociaciones, nuestras ventas, nuestras compras de bienes de capital, de tecnología y de servicios por una parte; y, por la otra de promover la inversión y la trasvasación tecnológica y de la ciencia; solo habrá de producirse en función de un macro mercado latinoamericano; seguimos en el siglo XIX. Pensando en nuestras pequeñas "grandes naciones" solitarias y aisladas. Desconfiando la una de la otra y permitiendo, una vez más, de que el coloso del Norte -porque así lo sabe- nos venga a decir y a proponer la Iniciativa de las Américas. En buen romance castellano, esto significa; EL MERCADO MAS GRANDE DEL MUNDO.

Y esto no es malo, si sabemos superar nuestras debilidades internas.

A estas alturas, corresponde ya el cuestionamiento. ¿Cómo hablar y plantear con profunda seriedad la integración si, aún, subsiste el egoísmo en nuestras naciones?...

¿Cómo vamos a integrarnos, si a lo largo y lo ancho de nuestro espacio común, no hemos podido, aún, restañar las viejas heridas de un pasado turbulento, guerrero y agresivo entre propios hermanos?...

Cómo lo vamos a hacer sí, como en el caso de Bolivia, la Organización de Estados Americanos al declarar de interés permanente y hemisférico la solución marítima de mi país; es desoída por otra Patria hermana como es Chile?... Tema este universalizado, incluso, en el foro de las Naciones Unidas y no por un simple capricho, por una mera reivindicación, por una actitud subalterna. Al contrario, para nosotros es tema vital y para toda América Latina sí, realmente, llega a comprender el drama boliviano.

Lo intentaré en esta oportunidad. Si a un ser humano se le dejan todos sus órganos vitales, si se le dejan todas sus cualidades para seguir siendo humano y, luego, se le quitan sus pulmones de respiración... él se muere, verdad?

Esto es lo que sucede con mi país. Como ser social, como Nación tiene de todo y lo ha tenido todo. Es decir, tuvo y tiene sus cualidades para vivir, crecer y desarrollarse. Calidad ambiental, calidad territorio, cualidades internas, etc., pero no tiene su cualidad marítima esencial, para respirar y vivir a plenitud.

Ustedes más que nadie ahora, podrán entender a Bolivia, por la sencilla razón de tener dos mares y respirar el aire de libertad más puro en sus brisas marinas que hacen del pensamiento un poema y de su realidad su grandeza.

Chile extiende sus costas en más de 1.000 Kms. Sabe perfectamente la razón de vida que constituye para nosotros el salir al mar. Oídos sordos?... Egoísmo?... Injusticia?... No lo sabemos. Mientras tanto, estamos viviendo de espaldas. Afirmando derechos sobre errores y enclaustrando a un país hermano, desde hacen 103 años para ser exacto.

Esta es la esencia del problema boliviano con Chile. De nuestra justa demanda. No reclamamos ni planteamos reivindicación territorial. Necesitamos una puerta abierta hacia el mar sobre un mínimo de territorio soberano para llegar a él y construir un puerto boliviano, no chileno.

Abrimos el camino de la paz. Deseamos el diálogo civilizado y, a través de él, el mejor de los entendimientos y la mejor negociación posible con dignidad, sin lesiones para nadie. En pocas palabras; integrarnos para la grandeza y juntos aspirar hacia la unidad de todos los países latinoamericanos.

No concebimos la solución bélica, ni la aceptamos. Para nosotros una guerra es el peor de los errores que puede cometer un pueblo. La fuerza no es una razón y los tratados que se firman a la fuerza, jamás crean derechos y este axioma jurídico lo conocen hasta los estudiantes del Ciclo Secundario.

Los pueblos son como las personas. Tienen un alma social con atributos y cualidades.

Son una realidad que ocupan espacios físicos y no nacen en un vacío jurídico.

Comprender y respetar estos sencillos conceptos, permiten la convivencia pacífica entre las naciones y hacen viable su acercamiento y su integración. La fiel observancia o no de los principios que dimanen de esta convivencia, determina la coexistencia de la Comunidad Internacional.

En la formación de los Estados intervienen la voluntad y unos factores que se consolidan como propios. A esto es lo que se llama personalidad o talante de cada pueblo de modo que ninguno es idéntico a otro.

El alma social deviene y se expresa desde la herencia histórica de los pueblos. De las más profundas huellas el pensamiento -mentificado o cosificado-; configurando un patrimonio cultural y físico en donde las ideas vivas que el tiempo posee, humanizan el paisaje creando especificidades y originalidades típicas en cada Nación.

Dentro de este contexto, Bolivia como ser social ocupa un espacio físico. Se manifiesta con cultura propia de unas raíces profundas. Heredó y creó su propia autoctonía y su etnia de personalidad indígena por excelencia, en donde quechuas y aymaras son razas dominantes y así gravita dentro del concierto de la Comunidad de Naciones del mundo.

Curiosamente -perteneciendo a la denominación general de país occidental-, está más próximo a las culturas trascendentalistas del Oriente y del Asia.

Su experiencia vital, su aventura existencial, las realiza -incluso en nuestros días-; con base en instituciones sociales y por qué no, jurídicas que provienen del ancestro.

La incorporación de valores occidentales -europeos para precisar mejor- se han amalgamado para hacer la Realidad Americana; en donde -como en un crisol- la simbiosis racial nos lleva hacia la síntesis que será la del Hombre Americano.

Dicho de otro modo. Aceptó el cristianismo, lo afirmó y lo integró a sus creencias y cultura pero sigue pensando en Tata Inti -dios sol-, y, en la Pachamama -madre tierra-.

Su conducta jurídico social, se rige por la Constitución Política del Estado y por las normas del Estado de Derecho; empero, desde el fondo de la raza, se guía por el trípico heredado del amma sua, amma kella y amma llulla que, en castellano, significa; no seas ladrón, no seas perezoso y no seas mentiroso.

Socialmente, la etnia -hasta antes de los españoles- jamás supo, ni conoció de los vocablos; pobreza y gratitud. No existen en la lengua aymara.

Geográficamente o mejor, el espacio físico de sus asentamientos no conocieron de fronteras y alinderamientos como hoy los concebimos. Para ellos la marka, -por ejemplo; Cundinamarca-, fue la gran región y el ayllu la base social muy semejante a las fratrias romanas. Por ello es que el aire, el agua, la luz, el mar, los lagos, los ríos; es decir la naturaleza en sí, fueron comunes y no conocieron de la propiedad privada como la entendemos hoy.

Luego, como podrán apreciar ahora, la pérdida de nuestro Litoral ha cuajado muy dentro del alma social boliviana.

La historia nos relata de que el Inca Tupac Yupanqui, enseñoreo en territorios-regiones de la costa al menos desde el paralelo geográfico; 39, 19', 15" de latitud Sur, y, hacia el Norte la costa ecuatoriana sobre el Pacífico. El Kollasuyo -hoy Bolivia-, se asentó en esa costa sureña. Este es nuestro derecho ancestral.

Esta posesión secular, fue respetada y consolidada con plena jurisdicción por la Conquista y Colonización españolas. Para ello, nada más que recurrir a los cronistas de la época, incluido Alonso de Ercilla en Chile.

Después de nuestra común Emancipación, cuando América Latina tomó el principio del "uti possidetis" -elemento esencial en la demarcación y consolidación de nuestras nacientes repúblicas-; la Vieja Audiencia de Charcas -hoy Bolivia-; fue el territorio marítimo que consolidó la cualidad desde el Río Loa por el Norte, hasta el Río Salado por el Sur.

Fronteras y colindancias con el Perú y con Chile que fueron respetadas en su legítima soberanía marítima, como lo prueban las constituciones chilenas de 1822, 1823, 1828, 1833, etc.

A esos, aproximadamente 158.000 Kms² de territorio marítimo; la República de Bolivia le llamó el Departamento del Litoral o Atacama, y el Libertador Bolívar, por Decreto de 28 de Diciembre de 1825, le dio por Capital Puerto Lamar en honor y homenaje al héroe colombiano de la Batalla de Ayacucho; José Lamar. ¿Qué más pruebas, sobre nuestra legítima soberanía sobre el Océano Pacífico y de nuestro origen marítimo?..

Así nació Bolivia. Con su propio mar y con sus puertos; Antofagasta, Lamar o Cobija, Mejillones y Tocopilla, hoy cautivos por las razones brevísimas que paso a exponer.

Hacia los años de 1830 adelante, empezó el auge peruano de sus huaneras de aves marinas. Del salitre y calicheras de gran riqueza y potencialidad. Bolivia, también, tuvo esas riquezas tan codiciadas en la agricultura europea y americana del norte. Desgraciadamente en su Litoral Marítimo, casi despoblado y peor defendido. Empujados por la codicia inglesa, unos empresarios chilenos empezaron a introducirse en nuestra soberanía y en nuestros territorios huaneros y salitreros. Primero, solicitando concesiones de explotación. Luego la codicia sería tal, que empujó al Gobierno de Chile a cuestionar los límites y fronteras. Más aún, empezó la actividad de los metales del diablo y la exploración de yacimientos de cobre. Los entredichos internacionales surgieron y con ellos las escaramuzas e invasiones -hoy las llamaríamos de baja intensidad- Bolivia, ingenuamente o por una falta de decisión, fue cediendo y eso originó una serie de nuevos arreglos y tratados que jamás satisficieron, sobre todo a una compañía inglesa en asocio con empresarios de Chile, -Melbourne Clark y Cía que luego se convertiría en la castiza; Compañía de Salitres y Ferrocarril de Antofagasta-; empujando hacia la Guerra a dos pueblos hermanos.

Por otra parte, empezaron a surgir la Gran Colombia en el Norte, la Confederación Argentina por el Sur, y, el naciente imperio del Brasil bandeirante; que obligó erróneamente, al Mariscal Andrés de Santa Cruz a crear un equilibrio con la Confederación Perú - Boliviana de tan exigua duración, que despertó el temor en Chile y fue un motivo más, para empezar a prepararse para la Guerra y así fue, porque durante 50 años, nuestra hermana Chile renovó su armamento, compró buques armados y alistó sus tropas.

Chile atacó a la Confederación. Venció en la Batalla de Yungay, pero antes Bolivia

le asestó un golpe mortal y tuvo que firmar el Tratado de 1837. Santa Cruz pudo destruir al Ejército Chileno más no lo hizo. Ese fue otro error, si hubiéramos adivinado nuestro aciago futuro. Más, la Confederación -como siempre por obra y gracia de los políticos de Perú y Bolivia-, desaparecería.

Como ya dijimos, Chile empezó a armarse. Tenía problemas con Argentina, con el Perú, y obviamente, con Bolivia.

Perú y Bolivia, ante esa situación, en 1873 suscriben un Tratado de Alianza Defensiva. Argentina no se alió por la circunstancia de que este Tratado Secreto, fue solamente aprobado en su Cámara de Diputados y no logró lo mismo, en la de Senadores. Este Tratado de carácter defensivo, fue otro de los motivos para que Chile alzara la mano e invadiera, en guerra, soberanía boliviana.

Un pretexto baladí, la precipitó. Bolivia, legítimamente, gravó a cada quintal de salitre exportado con 0.10 ctvs.

En plenas fiestas de Carnaval, Chile invade Antofagasta. En plena guerra le propone a Bolivia traicionar al Perú y hacerse, de este modo, del territorio peruano de Arica y así, evitar fronteras con Perú. Obviamente Bolivia rechazó la traición.

Bolivia, en ese fatal año de 1879, bélicamente perdió su litoral Marítimo.

De manera muy sucinta, debemos de añadir que desde 1880 hasta 1904, Bolivia le propuso a Chile arreglos honorables y satisfactorios. Por respuesta, sólo obtuvimos soberbia, presión de reiniciar la guerra y de este modo, nos impuso el asqueroso Tratado de Paz, Amistad y Límites que ni generó la paz, enemistó a hermanos, y, no tendrá límites hasta que se repare la más cruel injusticia en contra de Bolivia. -Ref. Pág. 45-

Como bien pueden ustedes, ahora comprender, Bolivia no se resignó, ni se resignará jamás a perder -por siempre- su cualidad marítima y escuchemos la voz de otro internacionalista boliviano lo que, muy luego, de la injusta guerra decía: -Ref. Pág. 46-

Ante esta actitud boliviana, y, debo de aclarar oportunamente, como respuesta y acción de sólo algunos chilenos; militares y políticos; una nueva trampa se le tiende a Bolivia en 1929 volviendo, este conflicto y su resolución, ya no solamente bilateral, sino que hace intervenir al Perú -país hermano de sangre- con un nuevo obstáculo. -Ref. Pág. 56-

Conocidos pues, -secularmente- los artificios, el dogal y la voluntad de algunos chilenos que se repiten con Pinochet y Merino; actualizo el tema y lo voy a hacer, -abusando de la benevolencia de ustedes- leyendo in extenso las posturas de Bolivia y de Chile, de 3/junio/91 en la última Reunión de la OEA, precisamente en Santiago de Chile, dentro del XXI Período de Sesiones para que, desapasionadamente, juzguen y saquen sus propias conclusiones al margen de mi pasión bolivianista; de jamás renunciar a recuperar nuestra cualidad marítima. -Leer ambos documentos-

CONCLUSIONES OFRECIDAS

- a. Bolivia sustenta indeclinablemente, su legítima posición de negociar para recuperar su salida al mar.
- b. La OEA apoya el diálogo sugiriendo una solución adecuada, sin señalar el camino o método que sean efectivos.
- c. Reafirmando lo anterior, la OEA, en más de 14 resoluciones se pronuncia declarando que "el problema marítimo boliviano es de interés hemisférico permanente" por lo tanto, puede presentarse en temario en cualquier oportunidad futura".
- d. Bolivia, como es sabido, no mantiene relaciones diplomáticas con Chile, ellas se darán cuando él acepte iniciar el diálogo, tema marítimo por delante. Del mismo modo, hace saber a la OEA que a pesar de las resoluciones, Chile, rehuye el tema declarado de interés hemisférico y permanente.
- e. Por su parte Chile le niega autoridad y competencia a la OEA, para tratar el tema marítimo. Desconociendo que la función esencial del organismo, es precisamente, esa.
- f. Obstinada y repetitivamente, acude a la manida y gastada fórmula del pacta sunt servanda.
- g. Excluye la bilateralidad o la multilateralidad y por lo tanto, elude la sana y constructiva discusión del tema propuesto por Bolivia.
- h. A pesar de las grandes y graves diferencias de posiciones, ambos países convienen en establecer y llevar adelante, otro tipo de relaciones.

Como boliviano y con profundo respeto al alma social chilena, sencilla y generosa, no veo en su clase dirigente -y en esto incluyo a temerosos y vacilantes políticos y responsabilizando a algunos militares como Pinochet y Merino- una actitud sincera, franca y amistosa para escuchar y ser escuchados. Participo del congelamiento de las relaciones diplomáticas y abrigo la esperanza de que, desaparecidos estos factores, Chile y Bolivia se hermanaran, algún día porque, sencillamente, nos necesitamos en la gran tarea de construir la integración Latinoamericana y porque nuestras realidades sean estas económicas o de cualquier orden, no son excluyentes. Antes bien, serán siempre armoniosas y complementarias. La historia nos dará razón.

Finalmente, sólo habría un modo de hacer estallar esa historia; La indiferencia de otros países hermanos de América Latina. En todo caso, si alguno o todos en conjunto se interesan en mediar, en ayudar a trazar el puente que angustiosamente lo pide Bolivia, tendrá hasta la eternidad, la más sincera gratitud de la Hija Predilecta del Libertador Simón Bolívar, la única que lleva su nombre.

EL CLUB DE ROMA

DRA. AIDA E. FERNANDEZ DE LOS CAMPOS

El Club de Roma fue fundado en 1968, en la Academia Lincei de Roma, por Aurelio Peccei, como institución no gubernamental compuesta por 100 miembros activos cooptados por un Consejo Ejecutivo. Sus miembros son personalidades del mundo de la ciencia, de la universidad, de la industria, del periodismo, de instituciones públicas y privadas, políticas y religiosas, de las más diversas profesiones, especialidades, creencias e ideologías, provenientes de unos 50 países de todos los continentes. Su vínculo de unión es una preocupación común por el futuro de la Humanidad.

Desde el principio, el pensamiento del Club de Roma ha estado regido por tres pautas conceptuales relacionadas entre sí:

- Adoptar una aproximación global a los vastos y complejos problemas de un mundo en el que constantemente está creciendo la interdependencia entre las naciones dentro de un único sistema planetario.

- Centrar la atención sobre temas, políticas y opciones con una perspectiva a más largo plazo del que pueden tener en cuenta los Gobiernos, que responden a las preocupaciones inmediatas de unos electores insuficientemente informados.

- Buscar una comprensión más profunda de las interacciones existentes dentro de la maraña de problemas contemporáneos -políticos, económicos, sociales, culturales, psicológicos, tecnológicos y medio ambientales, para los que el Club de Roma adoptó la denominación de "la problemática mundial".

La reflexión global del Club de Roma sobre la realidad actual tiende a promover actuaciones locales concretas y a movilizar la conciencia de los hombres y mujeres sobre los respectivos deberes ante el futuro de la humanidad y de la biosfera que la sustenta.

El Club de Roma encarga normalmente, la elaboración de informes sobre los temas de su competencia e interés prioritario a instituciones y personalidades de gran prestigio y autoridad científica, y discute el contenido de los mismos en sus conferencias anuales y reuniones especializadas a nivel mundial.

Difunde sus estudios y debates al servicio de la opinión pública mundial y de sus líderes. Su primera publicación en 1972, "Los límites del crecimiento", estimuló un gran debate sobre el crecimiento y la sociedad y una creciente conciencia de las interacciones que se producen entre los elementos de la problemática mundial. El estudio, encargado por el Club, fue realizado por un equipo internacional de profesores e investigadores del Instituto Tecnológico de Massachusetts utilizando la metodología de dinámica de sistemas de Jay Forrester, habiéndose publicado más de 10 millones de ejemplares en

37 idiomas. Desde esa fecha, el Club ha publicado más de 20 informes similares sobre los más variados temas sociales, tecnológicos, económicos, educativos, sociológicos, etc. de alcance global y planetario.

Dos décadas después, la problemática contemporánea sigue siendo la misma que la de 1972 en sus causas subyacentes, pero difiere en su mezcla de cuestiones y en los puntos en que hace especialmente hincapié. Por esta razón, el tema de las recientes reuniones del Club de Roma ha sido "La Gran Transición", pues sus miembros están convencidos de que nos encontramos en las primeras fases de la formación de un nuevo tipo de sociedad mundial que será tan diferente de la actual como lo era la del mundo anunciado por la Revolución Industrial de la sociedad del largo período agrario que la precedió. La fuerza motriz inicial, por cierto no la única, de este cambio es la aparición de un conjunto de avanzadas tecnologías, especialmente de las derivadas de la microelectrónica y de los nuevos descubrimientos de la biología molecular.

Recordemos simplemente la explosión demográfica en los países meridionales, la probabilidad de profundos cambios y alteraciones en el clima mundial, la naturaleza precaria de la seguridad de los alimentos mundiales, dudas sobre las disponibilidades energéticas y las grandes modificaciones que se están produciendo en la situación geopolítica, elementos que interactúan entre sí dentro del conjunto de la problemática.

1989 y 1990 fueron años cruciales en los que la Historia aceleró su marcha. Se produjo el desmoronamiento de los regímenes comunistas de la Europa Oriental, Alemania Oriental y Alemania Occidental volvieron a convertirse en una única nación, la invasión de Kuwait realizada por Irak, provocó una grave crisis en el Golfo Pérsico. A pesar de su dispersión geográfica, estos acontecimientos se hallaban interrelacionados y permitieron que salieran a la luz conflictos hasta entonces latentes, y que aspiraciones largo tiempo reprimidas se expresaran violentamente.

El fin de la Guerra Fría condujo al despertar de numerosas expresiones de nacionalismos que habían permanecido ocultas bajo la tapa de la tensión Este-Oeste, produciendo conflictos de intensidades diversas que sumen a parte de la población mundial en un mar de sangre.

Estos hechos sumados a las diferencias económicas mundiales, las escandalosas desigualdades, la vasta y extrema pobreza enfrentada a un exceso de riqueza, ocasionan toda clase de tensiones, que caracterizan la denominada "Primera Revolución Mundial",¹ el último informe del Club de Roma y que ilustra la incertidumbre que ensombrece

1. King, Alexander y Schneider, Bertrand. La primera Revolución Mundial. Informe del Consejo al Club de Roma. Trad. Adolfo Martín. Plaza & Janés: Barcelona 1991. p. 19,20,21,22 y 23.

el futuro del planeta.

La razón por la cual considera el Club de Roma que las amenazas y cambios contemporáneos constituyen "La Primera Revolución Mundial", se basa en el hecho que los brutales cambios actuales están ocurriendo simultáneamente en todas partes como efectos de causas igualmente ubicuas.

La evolución de la nueva sociedad es compleja e incierta y sus manifestaciones dificultan las tareas de quienes tienen a su cargo la toma de decisiones, tanto en el sector público como en el privado, e inducen un cuestionamiento permanente por parte de todos los individuos pensantes. La así denominada "Primera Revolución Mundial", está siendo moldeada por una mezcla sin precedentes de terremotos geoestratégicos, de factores sociales, económicos, tecnológicos, culturales y éticos; combinaciones que conducen a situaciones impredecibles.

Por este motivo, el Club de Roma entendió pertinente dedicar la primera parte de su ya mencionada última publicación a lo que denomina "La problemática" ², presentando los principales cambios acaecidos en las dos últimas décadas, describiendo el malestar que han causado y exponiendo algunos de los temas y peligros más importantes a los que la Humanidad debe enfrentarse en forma conjunta. Así los problemas del medio ambiente, energía, población, disponibilidad de alimentos y desarrollo forman un entrelazado complejo dentro de la problemática que constituye el centro de la actual incertidumbre con respecto al futuro humano. Debido a la importancia de las interacciones, considera el Club de Roma, que no tendría sentido abordar por separado cada uno de estos elementos. La clave, para esta organización no gubernamental, radica en abordar simultáneamente todos ellos dentro de una estrategia mundial coordinada, y así centrar nuestra atención en las que señala como áreas de dicotomía y disputa más relevantes para la escena mundial: ³.

- La desigualdad entre ricos y pobres, con un creciente número de personas viviendo por debajo del umbral de la pobreza absoluta;
- la creciente desigualdad entre los que tienen acceso al conocimiento y a la información y los que carecen de él;
- la discriminación contra las minorías, religiosas o étnicas, pero también en muchos países contra los viejos;
- la ausencia de una igual administración de justicia social;
- falta de equivalencia de derechos y deberes, de privilegio y de responsabilidad;
- el equilibrio entre disciplina y libertinaje;
- la ambigüedad entre crecimiento económico y la calidad de la vida;
- la comunidad atenta a las necesidades de sus miembros frente al impersonal Estado de Bienestar;

2. *Ibidem.* p. 24.

3. *Ibidem.* p. 128 y 129.

- la falta de equilibrio entre necesidades materiales y espirituales.

También es dable agregar la falta de comprensión entre las élites y las masas, la separación entre ciencia y cultura o el conflicto entre racionalidad e intuición. El Club de Roma destaca a su vez las diferencias de valores y de interpretación ética que se hallan presentes en la sociedad, y por eso entiende necesario concluir que sólo mediante la aceptación de una esencial ética común de la supervivencia de la especie y del planeta viviente pueden ser armonizados los divergentes intereses, o al menos lograr la tolerancia mutua. Lo que caracteriza a esta "Primera Revolución Mundial", es la dimensión planetaria de las facetas de este malestar, que existen en grados diversos, según los países y las regiones del planeta que se considere.

En las postrimerías del siglo XX, la Humanidad está abrumada por el alcance de los fenómenos que le llegan de todos lados, porque las estructuras, Gobiernos e instituciones tradicionales no pueden ya hacer frente a los problemas en su dimensión actual. La desaparición de los sistemas de valores, el cuestionamiento de las tradiciones, el desmoronamiento de las ideologías, la ausencia de una visión global, los límites de las actuales prácticas de la democracia, confirman el vacío a que se enfrentan las sociedades.

Los Estados con leyes y derechos constitucionales violan el derecho internacional en cualquier momento en que se trate de estricto interés nacional. La magnitud de las consecuencias en un mundo interdependiente, como lo es el contemporáneo, es un hecho totalmente nuevo y totalmente visible en todo el mundo. Pensemos a título de ejemplo en las religiones que sirven de excusa para luchas fratricidas, como en Irlanda, el Líbano, y en las guerras santas realizadas en nombre de Alá; todo lo cual pone de manifiesto la fragilidad del equilibrio mundial.

Ante esta situación, el Club de Roma, entiende que la Humanidad debe enfrentarse a un formidable desafío al que debe responderse con un enfoque mundial. Para esto, en la segunda parte del informe da una respuesta a la problemática mundial, que denomina la "resolútica mundial". ⁴.

La resolútica mundial incluye la necesidad de adoptar un enfoque ético fundado en los valores colectivos que están emergiendo esquemáticamente como código moral de acción y de comportamiento. Tales códigos y valores deben constituir la fuente de las relaciones internacionales y la inspiración para las decisiones tomadas por los actores principales de este planeta, respetando la diversidad y el pluralismo culturales. También destaca la absoluta necesidad de buscar resultados concretos en áreas prioritarias de la problemática, teniendo presente que el factor tiempo se torna esencial; pues todo problema que permanece irresuelto produce al cabo del tiempo situaciones irreversibles.

4. *Ibidem.* p. 133.

El Club de Roma y sus miembros individuales han considerado siempre que, más allá de sus funciones investigadoras, debían adoptar iniciativas de tipo operativo o asociarse con otros. Podemos mencionar, por ejemplo, el Instituto Internacional para el Análisis de Sistemas Aplicados, la Fundación para la Formación Internacional, la Iniciativa para la Asociación Internacional. Es importante citar la Operación Sahel contra la desertización y en favor del desarrollo con la implicación de las poblaciones locales, diseñada y puesta en práctica a petición de varios dirigentes africanos durante la reunión del Club de Roma en Yaoundé, Camerún, en 1986; así como con base en una idea expuesta por el Dr. Ramón Tamames,⁵ insigne estudioso español, planteó la necesidad de crear un Consejo de Seguridad Medioambiental de las Naciones Unidas, CESMA, cuyos objetivos entre otros serían la preservación de los elementos básicos de los grandes ecosistemas, la seguridad de una explotación racional de los recursos renovables, la defensa de los espacios naturales, la difusión de una ética ecológica diacrónica, la mejora de la calidad de vida de los pueblos de la Tierra, contribuir a impedir nuevas confrontaciones políticas como consecuencia de conflictos que podrían originarse por causa de la utilización de ciertos recursos naturales, y que podrían ocasionar grandes desastres ecológicos, y la promoción e impulso de la investigación y el desarrollo de las técnicas sobre educación ambiental, y ayudar a su aplicación; tanto en los países menos desarrollados como en los industriales.

Al abordar los elementos que en diferentes formas constituirán una posible resolútica, el Club de Roma considera tres zonas de la problemática que exigen ser tratadas de inmediato.⁶

La primera de ellas es la reconversión de una economía militar en una economía civil. El segundo tema versa sobre el calentamiento de la Tierra y los problemas energéticos y en tercer lugar, está la cuestión del desarrollo, que suscita todos los problemas de la pobreza y las desigualdades en el mundo.

Respecto de la reconversión de una economía militar en una economía civil, el Club de Roma hace un nuevo llamamiento a la adhesión al tratado de no proliferación de armas químicas, biológicas y nucleares, su firma y la disposición por parte de los signatarios a aceptar la inspección internacional. Solicitan también la aceleración de las negociaciones dirigidas a suprimir la investigación y el uso de armas químicas y biológicas, materia en la cual se ha avanzado bastante con la firma de los acuerdos START I y START II. Apela el Club a todos los Gobiernos que poseen industrias armamentistas importantes a que instauren políticas activas de reconversión para ellas. Estima, a su vez, que al considerar el redespiegue de los recursos financieros y de otro tipo liberados por la disminución de gastos militares, los Gobiernos deben otorgar prioridad a la mejora de la estructura social. Particularmente se necesitan grandes

Tamames, Ramón. Un Nuevo Orden Mundial. La Senda Crítica de la Razón y el Gobierno de la Humanidad. Espasa-Calpe, S.A., Madrid. Tercera Edición, abril de 1.992. p. 264 y 265.

6. King, Alexander y Schneider, Bertrand. Op. cit. p. 140.

esfuerzos para mejorar la calidad de la educación, a fin de que sus ciudadanos cuenten con los conocimientos y las destrezas necesarios para permitir la realización en el trabajo. Además es necesario utilizar la actual situación histórica de distensión para hacer visible y restringir los males del tráfico de armas, a fin de garantizar la seguridad del planeta.

En lo atinente a un medio ambiente para la supervivencia, el Club de Roma indica tres vías de ataque:⁷

- Reducción de la emisión de dióxido de carbono y de otros componentes menores de la atmósfera, como el metano y los óxidos de nitrógeno, lo que necesitará un menor uso de combustibles fósiles;
- reforestación, especialmente en los trópicos;
- conservación de la energía y desarrollo de una mayor eficacia en su utilización.

Entre las sugerencias de acción, el Club de Roma propone el lanzamiento de una campaña mundial de conservación y eficiencia de la energía. Destaca también la necesidad de crear un competente organismo de alto nivel que examine en profundidad las implicaciones de los fenómenos de macrocontaminación sobre la economía, la sociedad y el individuo. Recordemos a este respecto la ya mencionada recomendación dirigida a la creación de un Consejo de Seguridad Medioambiental de las Naciones Unidas paralelo al existente Consejo de Seguridad. Propone también la organización posiblemente bajo los auspicios del Consejo de Seguridad Medioambiental, de reuniones regulares de dirigentes industriales, banqueros y Gobiernos de los cinco continentes, que considerarían la necesidad de armonizar la competencia y la cooperación a la luz de las exigencias medioambientales.

Sugiere además la creación, particularmente en los países altamente industrializados, de Centros Nacionales de Tecnología Limpia. Recomienda que las Naciones Unidas, directamente o mediante un grupo de sus agencias y programas, convoque una reunión científica intergubernamental para la elaboración de un amplio Proyecto de Energía Alternativa Mundial. Y señala que es indispensable que los conceptos de desarrollo mundial, incluidas las cuestiones de la industrialización, sean integrados en programas educativos, en los que se abarque la instrucción sobre protección medioambiental, energía y ahorro de recursos, la preservación de valores culturales y muchos otros aspectos.

Finalmente en cuanto a la cuestión del desarrollo,⁸ el Club de Roma, resalta la necesidad de revisar las políticas y prácticas de desarrollo. Se debe otorgar una prioridad mayor a las necesidades de los marginados y olvidados millones de pobladores rurales.

7. *Ibidem*. p. 146, 147 y 148.

8. *Ibidem*. p. 163 y 164.

existentes en todas partes del mundo subdesarrollado. Todo esto entraña un cambio radical en los sistemas políticos, estabilidad, eliminación de la corrupción, fijación de prioridades de las generaciones futuras y fuertes limitaciones a la abusiva extensión de las burocracias.

Señala muy especialmente el Club de Roma, que está aún por resolver el problema de la organización del mercado internacional de materias primas. Es de fundamental importancia encontrar la forma de asegurar que el precio de las materias primas no sea fijado por los mercados internacionales en beneficio de los países industrializados y en perjuicio de los que están en vías de desarrollo; para lo cual los gobiernos, las instituciones financieras internacionales y las organizaciones no gubernamentales deberían actuar concomitantemente a fin de acelerar el éxito de las políticas de desarrollo. Ahora bien entre los agentes de la "resolútica"⁹, que permitirán a los individuos y las sociedades aprender a adaptarse a los cambios que están modificando constantemente la faz del planeta, el Club de Roma destaca el desafío de la educación, la contribución de la ciencia y de las nuevas tecnologías y el papel de los medios de comunicación.

Respecto de la educación, señala que debe perseguir los siguientes objetivos:

- Adquirir conocimiento;
- estructurar la inteligencia y desarrollar las facultades críticas;
- desarrollar el conocimiento de uno mismo y la conciencia de las propias cualidades y limitaciones;
- aprender a vencer los impulsos indeseables y el comportamiento destructivo;
- despertar permanentemente las facultades creativas e imaginativas de cada persona;
- aprender a desempeñar un papel responsable en la vida de sociedad;
- aprender a comunicarse con otros;
- ayudar a las personas a adaptarse y prepararse para el cambio;
- permitir a cada persona la adquisición de una concepción global del mundo;
- formar a las personas para que sean operativas y capaces de resolver problemas.

En cuanto a la contribución de la ciencia y la tecnología, el Club de Roma resalta que el papel de la ciencia es desvelar el conocimiento. Su proceso explora lo desconocido y proporciona nuevos datos. Destaca que el desarrollo tecnológico es el paso esencial, pero sólo inicial, de la innovación industrial. Los desafíos lanzados por la turbulencia de la revolución mundial indican la necesidad de proceder a una reorientación sustancial de los programas de investigación y desarrollo y a una radical reordenación de prioridades.

Sugiere el Club de Roma centrar el esfuerzo en investigaciones concernientes al individuo, su naturaleza, motivaciones, potencialidades y limitaciones, así como en las estructuras sociales, educativas y de otro tipo que proyectan cualidades y defectos humanos. Es necesario también propiciar la investigación sobre el funcionamiento de

9. *Ibidem.* p. 198 y 199.

los sistemas naturales del planeta, así como la investigación dirigida a innovaciones tecnológicas.

Por último, con referencia al papel de los medios de comunicación, el Club de Roma recuerda el poder de éstos en la sociedad contemporánea, agentes principales en la formación de la opinión pública y del pensamiento de los individuos.

En capítulo aparte,¹⁰ los autores de este informe, Alexander King y Bertrand Schneider, resaltan la imperiosa necesidad de revisar el sistema de valores, a fin de proporcionar una base de estabilidad a la vida de los individuos y a la de la sociedad y que ofrezca la visión de un mundo sistemático capaz de conducir a un futuro sistemático. A este efecto, se pueden definir valores éticos adecuados y confiar en que se produzca acuerdo acerca de ellos si se expresan de forma más adaptada a la presente situación. Entre los valores permanentes, el Club de Roma señala la libertad, los derechos humanos y las responsabilidades, la vida familiar, la igualdad de derechos para hombres y mujeres, la compasión hacia los ancianos y los inválidos, respeto a los demás, tolerancia, respeto a la vida y a la paz, la búsqueda de la verdad.

En el plano colectivo, el Club advierte diversos nuevos enfoques dictados por la presión de los nuevos hechos:¹¹

- la ética de la naturaleza;
- la ética de la vida;
- la ética del desarrollo;
- la ética del dinero;
- la ética de las imágenes;
- la ética de la solidaridad.

La ética colectiva depende del comportamiento ético de los individuos, y es evidente que, a la inversa, la adhesión del individuo a un código de comportamiento ético puede ser alentada, estimulada y promovida por la postura colectiva.

Por último en la parte final del informe se hace hincapié en la necesidad de lograr la solidaridad mundial,¹² la cual según el Club de Roma debe ser inculcada como ética suprema de supervivencia, para lo cual como primer paso es necesario despertar la comprensión.

Al igual que los autores de este informe, entendemos pertinente recordar las palabras del historiador británico, Arnold Toynbee, para quien "la Humanidad quizá tenga que

10. *Ibidem.* p. 221 y 222.

11. *Ibidem.* p. 225.

12. *Ibidem.* p. 241 y 242.

elegir entre las dos alternativas extremas de suicidarse o aprender a vivir en lo sucesivo como una familia única".

Para terminar este escrito, entendemos que es pertinente mencionar que junto al Club de Roma, existen otras organizaciones no gubernamentales en especial en Latinoamérica que desempeñan un papel importante. Señalemos la Fundación Salvadoreña de Desarrollo y Vivienda Mínima -Fundasal. Entre sus objetivos tiene: apoyar los esfuerzos de los pobres para mejorar su vivienda, promover la organización y autogestión comunitaria, generando modelos alternativos de desarrollo comunal y promocionar cambios sociales y estructurales en el país. El Centro de Educación Ambiental y Acción Ecológica, A.C. -Cedum. Organización mexicana integrada por arquitectos, trabajadores sociales y campesinos que buscan preservar el medio ambiente y los recursos naturales además de sistematizar la experiencia acumulada del centro para aplicación extensiva en proyectos de mejoramiento ambiental y desarrollo sustentable a nivel municipal y biorregional. Presta servicios de educación ambiental, acción ecológica, tecnologías agroecológicas, conservación de suelos y aguas, horticultura, agro-silvicultura, medicina tradicional y apicultura. El Instituto Brasileiro de la Administración Municipal-HBAM- trabaja en las áreas de desarrollo urbano, desarrollo ambiental, institucional y organizacional y desarrollo comunitario.

En Colombia, es menester resaltar el Colegio Verde de Villa de Leyva, que tiene como objetivo formar y capacitar promotores ambientales, especialmente líderes cívicos, trabajadores, maestros, campesinos y funcionarios oficiales y del sector privado. Ha desarrollado las siguientes actividades: programa de recuperación ambiental, programa de biodiversidad andina, programa de bosques tropicales y Amazonia, Ecología urbana y consorcio ambiental. Debemos recordar también a Servicios Urbanos para mujeres de bajos ingresos -Sumbi- del Perú, Red de Información Tercer Mundo del Uruguay, Habitat popular de Caracas, Venezuela, Centro de Alternativas de Desarrollo, Cepaur de Chile y Ciudad, de Quito.

Tanto el Club de Roma como el resto de las organizaciones mencionadas y las demás existentes, merecen nuestro más cálido aplauso y nuestro apoyo incondicional, ya que están empeñadas en tratar de encontrar paliativos y soluciones radicales a los problemas que aquejan a la sociedad contemporánea.

INICIATIVA BUSH Y EL ACUERDO NAFTA. RETO PARA COLOMBIA

Desde 1990 cuando el presidente George Bush pronunció el discurso de lanzamiento de la Iniciativa para las Américas, se abrió paso para el resurgimiento en el contexto mundial de los países latinoamericanos, dejando de un lado políticas económicas estatistas que paralizaban el crecimiento y retomar el poder del mercado libre para que el hemisferio alcance todo su potencial de progreso.

Los Estados Unidos se comprometían a apoyar los cambios pero reconocían a cada nación la autonomía de sus decisiones, ya que no se poseía un plan general de ajuste que encajara en cada una de las economías de la región, y debido a que la prosperidad del hemisferio no depende de la ayuda sino del comercio.

Tres son los pilares fundamentales de la iniciativa Bush:

1° UNA ZONA HEMISFERICA DE LIBRE COMERCIO.

Se mira con desconfianza aprobada que la economía de un país no necesita de protección para prosperar, llevamos más de cuatro décadas cerrados al comercio internacional con el único propósito de crecer hacia adentro, protegiendo nuestras industrias y nuestro mercado, a costa de quedarnos rezagados del progreso de la tecnología y de tener un sector exportador que no puede competir a nivel internacional debido al atraso en que se encuentra.

Debemos abrir nuestras economías y lograr un sistema de libre comercio que recoja a América del Norte, Central y Sur, para hacerle frente al mercado común de Europa el cual quiere cerrar sus puertas a las exportaciones de nuestros países.

Este cambio de trescientos sesenta grados de un proteccionismo maligno a un libre comercio no se puede dar de la noche a la mañana, sólo se puede lograr mediante un plan diseñado de tal forma que nuestras economías adecúen en forma lenta pero decidida, y sin olvidar el costo social, político, económico que este viraje nos pueda traer, pero siempre buscando la prosperidad mutua como recompensa.

2° INVERSION EXTRANJERA.

Debemos salir de la concepción de que la inversión extranjera es dañina para nuestra economía y más bien incentivarla para que invierta en nuestros países, ya que nos puede traer avances en tecnología y competencia para nuestras industrias lo cual traerá beneficio para nuestro sector exportador.

Según Bush, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) apoyará a los países con nuevos préstamos de fomento, si éstos adoptan medidas que eliminen las barreras a la inversión extranjera; lo mismo que propuso la creación de un fondo de inversiones para las Américas el cual debe apoyar la inversión y los procesos de privatización.

3° MANEJO DE LA DEUDA.

La iniciativa propone la reducción de la deuda, que tanto pesa dentro de nuestros presupuestos (Colombia utiliza más o menos el 30% de su presupuesto para el pago del servicio de la deuda) a través del Banco Interamericano de Desarrollo, Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

Novedoso es dentro de esta iniciativa el canje de deuda por medidas benéficas para el medio ambiente como un instrumento de rebaja a esta pesada carga.

Debo aclarar que la deuda a que hace alusión la iniciativa es la deuda de nuestros países con el gobierno de los Estados Unidos lo que implica reducir el perfil de la deuda oficial y favorecer el perfil de la inversión.

NAFTA

El tratado de libre comercio de América del Norte o NAFTA, que empezará a regir en el mes de enero de 1994, entre los Estados Unidos, Canadá y México es la prueba suficiente de que la iniciativa Bush para las Américas está en todo su esplendor.

Se pensaba que con el cambio de gobierno en los Estados Unidos, el señor Clinton, archivaría la iniciativa Bush y el acuerdo NAFTA, pero según expertos los intereses comerciales están por encima de las ideologías partidarias y además las constantes amenazas de la Comunidad Europea encerrar sus economías al comercio internacional, obliga a los norteamericanos a mirar a los países subdesarrollados, como única forma de enfrentar al mercado común europeo.

El principal objetivo de NAFTA es establecer una zona de libre comercio entre México, Canadá y Estados Unidos de conformidad con el acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio (GATT), eliminando barreras al comercio, promoviendo una competencia justa, acelerando las oportunidades de inversión, protegiendo los derechos de propiedad intelectual, promoviendo mecanismos de aplicación del tratado y la solución de conflictos objetivos que se cumplirán aplicando los principios de trato nacional (darle el mismo trato a los productos extranjeros y nacionales cuando aquellos realicen todos los trámites aduaneros), trato de nación más favorecida (los acuerdos a que lleguen los países deben aplicarse a todos los países que forman parte del tratado) y transferencia en los procedimientos.

Lo más importante para nuestros países es que el tratado de libre comercio de América del Norte previó la cláusula de accesión, que significa que otros países o grupo de países podrán ser admitidos como miembros del tratado con el consentimiento de los países miembros y dentro de las condiciones que éstos establezcan.

COLOMBIA

De acuerdo con la nueva constitución y con el gobierno de Gaviria, se puede pensar

que nuestro viejo modelo de desarrollo proteccionista y cerrado, no es capaz de garantizar un ritmo de crecimiento adecuado, lo mismo que no puede proveer los niveles de bienestar y de empleo que requiere el país, y por eso se emprendió la modernización e internacionalización de la economía colombiana, abriendo el sistema productivo para lograr eficiencia y competitividad.

Pero este proceso no sólo se logra con la simple apertura de importaciones, se requiere de reformas de materia cambiaria, educativa, financiera, de comercio exterior, de inversión extranjera, privatizando para descentralizar, desmonopolizar y generar mayor competencia y eficiencia en todos los sectores, reformas que ya se han llevado a la práctica para poner el país en el nuevo sistema de apertura económica.

De acuerdo con la iniciativa Bush, Colombia está lista para emprender su proceso de libre comercio y empezar a recibir todos los beneficios que ésta prometió para los países americanos. Colombia se beneficiará mutuamente del libre comercio; la eliminación de las barreras comerciales existentes redundará en precios más bajos, producción más eficiente e incremento global de la competitividad.

Colombia no debe emprender negociaciones por sí sola con los Estados Unidos, Colombia debe asociarse con otros países que estén desarrollando liberalizaciones similares en cuanto a comercio e inversión, para negociar en bloque con Norte América. Colombia ya ha creado importantes acuerdos que pueden ser utilizados para este fin como son el Pacto Andino y el Grupo de los Tres con México y Venezuela.

Referente al Grupo de los Tres, Colombia debe buscar el mayor beneficio con México, ya que éste es uno de los miembros del acuerdo NAFTA, el cual nos puede servir de puente para ser miembros de éste, lo cual significaría para Colombia un gran paso para afianzarse dentro del Comercio Internacional.

Para concluir nos podemos preguntar:

¿Colombia ya está preparada para dar este gran paso?

¿Será preciso que nuestro país pague el costo de esta nueva etapa económica?

¿Es preferible seguir con medidas proteccionistas o emprender el camino de la apertura económica?

JUAN CARLOS ACUÑA GUTIERREZ