

E SANCHEZ
Penal



Doc.ora
MARIA A. TO
Palacio de Just
Oficina 432
Bucaramanga.

TEMAS SOCIO-JURIDICOS



UNIVERSIDAD AUTONOMA
DE BUCARAMANGA
1952

FACULTAD DE DERECHO
Centro de Investigaciones
Socio-Jurídicas

TARIFA POSTAL REDUCIDA No. 615 - VENCE DIC/98



UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA
1952

T E M A S

SOCIO-JURIDICOS

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES
SOCIO-JURIDICAS



ADMINISTRACION DE LA FACULTAD DE DERECHO

1998

REVISTA DE DERECHO SOCIO-JURIDICO

REVISTA DE DERECHO

REVISTA DE DERECHO SOCIO-JURIDICO

GABRIEL BURGOS MANTILLA
Rector

GRACIELA MORENO URIBE
JORGE HUMBERTO GALVIS COTE
Vice-rectores

Centro de Investigaciones Socio Jurídicas
LAUREANO GOMEZ SERRANO
Director

Facultad de Derecho
JUAN CARLOS ACUÑA GUTIERREZ
Decano

ROSALBA FLOREZ RUEDA
Secretaria Académica

Directores de Departamento
María Antonia Toscano de Sánchez
Derecho Penal

Antonio Bohórquez Orduz
Derecho Privado

Jorge Enrique Pradilla Ardila
Derecho Público

Iván Santos Ballesteros
Derecho Procesal

Jorge Eduardo Lamo Gómez
Derecho Laboral

Carlos Andrés González León
Derecho Económico

Comité de Redacción
Laureano Gómez Serrano
Jorge Eduardo Lamo Gómez
Jorge Antonio Castillo Rugeles

Editada por:
Centro de Investigaciones Socio Jurídicas
Periodicidad Semestral
Depósito Legal Verificado
Tiraje: 1000 ejemplares
Formato 17 x 22 cms

Portada:
DOMINGO MORENO OTERO

OFICINA DE PUBLICACIONES - UNAB
Calle 48 N. 38-234 - Conmutador 6436111 - 6436261
Apartado Aéreo 1642 - Bucaramanga - Colombia S.A.

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

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

Temas Socio Jurídicos (Facultad de Derecho)	Bucaramanga Colombia	Vol. 16	No. 34	Junio de 1998	ISSN 0120-8578
--	-------------------------	---------	-----------	------------------	----------------

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACION	7
DOMINGO MORENO OTERO – PORTADA	9
INFORMACION CONFIDENCIAL EN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS	13
Laureano Gómez Serrano	
ESTADO, EDUCACIÓN, Y UNIVERSIDAD	23
Jorge Eduardo Lamo Gómez	
LA REGLA DE INSTITUCIONES 2, 1, 41 EN EL DERECHO COMUN	31
Francisco Javier Andrés Santos	
LOS FONDOS DE INVERSION COMO INSTRUMENTO PARA ATRAER CAPITAL EXTRANJERO A COLOMBIA	43
Fredy Alberto Sandoval Ferreira	
LA ERA DEL PACIFICO	55
Aída Fernández De Los Campos	
LA ADOPCION UNA SOLUCION PARA EL NIÑO ABANDONADO ..	65
Jairo Rogerio Téllez Ariza	
DEMOCRACIA Y NEOLIBERALISMO	79
Orlando Pardo Martínez	
LA NACION EN LOS ORIGENES DEL ESTADO NACIONAL	95
Esther Parra Ramírez	
LA GOBERNABILIDAD EN COLOMBIA: RETOS Y PERSPECTIVAS HOY	107
Libardo Lesmes Jiménez	

LEVANTAMIENTO DEL CADAVER APROXIMACION TECNICA A LA DILIGENCIA	121
Carlos Cortés Caballero y Walter Cadena	
APUNTES SOBRE EL ABORTO Y SU PUNICION	147
María Antonia Toscano de Sánchez	
DISCORDANCIAS ENTRE LA TEORIA DEL DELITO Y LA EJECUCION DE LA PENA EN COLOMBIA	159
María Isabel Afanador	
ALGUNOS APUNTES SOBRE LA INCIDENCIA DEL DERECHO ROMANO EN NUESTRAS INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL .	169
Luis Francisco Casas Farfán	
EL GRITO DE LA JUSTICIA	181
Sandra Yaneth Páez Leal	
DISTRIBUCION DEL ACTIVO LIQUIDO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL EN EL COMMON LAW PROVINCIAS DE CANADA Y DERECHO CIVIL DE COLOMBIA	191
Irma Johana Mosquera	
INCORPORACION DE COLOMBIA EN EL LIBRO BLANCO DE LA COMUNICACION EUROPA-AMERICA LATINA EN SU CONTEXTO JURIDICO Y ETICO	201
Sindy Tatiana Cañavera y Javier Alberto Ayala Amaya	
INDICE DE EDICION	207

P PRESENTACION



La revista TEMAS SOCIO-JURIDICOS llega a su edición número 34, en la cual se divulgan los trabajos presentados por los profesores y estudiantes de la Facultad de Derecho, en el primer semestre del año en curso.

Infortunadamente debemos registrar la desaparición del ilustre jurista santandereano, doctor DOMINGO ARENAS SERRANO, a finales del mes de junio, quien enalteció en ejercicio de la profesión y se erige en paradigma para las futuras generaciones de abogados.

Bucaramanga, junio 30 de 1998

LAUREANO GOMEZ SERRANO
DIRECTOR

PORTADA

DOMINGO MORENO OTERO



intor, literato, y santandereano, nacido en 1882 en Concepción Santander y muerto en Bogotá en el año 1948; se destacó por representar los paisajes y la cultura de su tierra.

Desde niño empieza su inquietud por el arte, se conoce su primer dibujo en 1886, una corrida de toros pintada a lápiz al reverso de un recibo de la Tesorería General del Tesoro.

Su familia se traslada a Bogotá en el año de 1898, y allí inicia sus estudios en el Instituto San Luis, fue en ese entonces discípulo de Ricardo Acevedo Bernal quien acababa de regresar de Europa y quien más adelante sería el director de la Escuela Nacional de Bellas Artes, a la cual ingresó Domingo Moreno para iniciar sus estudios artísticos.

En 1904 fue nombrado rector y profesor de la Escuela Nacional de Bellas Artes Andrés Santa María, quien marcó un nuevo rumbo en la dirección del arte Colombiano al poner en contacto a los jóvenes estudiantes con los movimientos europeos asimilados durante su formación en Europa. Desde ese momento Domingo Moreno Otero fue uno de los discípulos mas cercanos de Andrés Santa María y obtuvo el segundo puesto en el concurso anual de los mejores trabajos, con su obra en óleo "Alto en el Hospital del Socorro". Lápiz y carboncillo, tinta y óleo fueron las técnicas utilizadas por el estudiante para ejecutar retratos y paisajes. Una importante colección de paisajes en pequeño formato ejecutados sobre tabla confirman la influencia innovadora de

Andrés Santa María sobre Domingo Moreno.

Se traslada a Bucaramanga en el año 1907, y con la ayuda del gobierno departamental funda la primera Escuela de Bellas Artes, pero permaneció abierta solamente un año. Estando en Santander ejecutó retratos como el de Delia Cala Phillips, quien sería su esposa siete años más tarde, el del gobernador Alejandro Peña Solano, el del jesuita Castañeda, el del sacerdote Elías Puyana y del señor Jorguen Clausen, así como paisajes de la región.

Participó en una exposición organizada por Santa María para celebrar el Centenario de la Independencia, con la obra - entre otras- Los Arrieros conocida también bajo el nombre de Un Alto Camino y con la cual obtuvo un primer premio. Entre las principales obras de Domingo Moreno figuran: La Virgen del Carmen para la Iglesia de Floridablanca, La Inmaculada Concepción para una iglesia en Pamplona, Callejuelas de Bucaramanga, Las Bodas de García Rovira y fue contratado por el gobierno departamental para registrar en óleo el eclipse solar, obra que fue donada al Observatorio de El Ebro, España. Ejecutó copias de la Coronación de la Virgen y del Príncipe de Asturias de Velazquez, la Maja vestida de Goya, Retrato de Un Desconocido de Greco, y Un asunto Místico de Giorgini.

Viaja a España en 1921 becado por el gobierno español e ingresa a la Escuela de San Fernando de Madrid, la obra de Moreno cambia radicalmente en su encuentro con el arte español, pues su pincelada audaz se torna disciplinada y académica para ejecutar manolas, gitanas mendigas y novias de toreros. Participa en el III Salón de Otoño con Retrato de Alicia Herrera, los paisajes Los Andes Colombiano y Soledad, en 1924 viaja a Portugal donde pinta Boca do Inferno y Desembocadura del Tajo, participa en el V Salón de Otoño con las obras anteriores y el retrato de Paquita. Toma parte en la exposición nacional de Bellas Artes con Gitana y El Filósofo del Pueblo. En 1925 es invitado a la exposición Panamericana de Los Angeles; obtiene una distinción para visitar la Alhambra, participa en el Salón de Otoño de Madrid con Retrato de la Señora McMillan, Alrededores de Madrid y Añoranza, estas obras en su mayoría retratos y paisajes urbanos muestran la influencia de sus maestros españoles, denominados tradicionalistas.

Su vida la dedicó al arte y la docencia, dictó clases de dibujo en la Escuela de Bellas Artes de Bogotá, en la Escuela de Artes y Oficios de Bucaramanga, en la Escuela Normal de Señoritas, El Colegio la Concordia y en la Facultad de dibujo de Arquitectura y de dibujo lineal de la Universidad Nacional.¹

1. PAGINAS DE LA CULTURA SANTANDEREANA. DOMINGO MORENO OTERO. Vol 11. Gobernación de Santander.- Universidad Industrial de Santander.- Fundación ProSantander.

INFORMACION CONFIDENCIAL EN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS

Laureano Gómez Serrano

INFORMACION CONFIDENCIAL EN LAS **E**MPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS

Laureano Gómez Serrano



a CORTE CONSTITUCIONAL, mediante sentencia S-T-001 del 16 de enero 1998, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, precisó los alcances del ejercicio del Derecho de Petición frente a las empresas de servicios públicos domiciliarios, determinando que la información relativa al ámbito de la gestión privada de la empresa goza de la protección consagrada en el artículo 15 de la Constitución Política, y en consecuencia debe considerarse como confidencial.

El Código Contencioso Administrativo Colombiano, estipula tres (3) modalidades para el ejercicio del Derecho de Petición a saber: DERECHO DE PETICION EN INTERES GENERAL, DERECHO DE PETICION EN INTERES PARTICULAR, DERECHO DE PETICION DE INFORMACIONES, mientras que la Ley de Servicios Públicos domiciliarios reglamentó el ejercicio del derecho de petición ante los particulares que ejercen los servicios públicos domiciliarios, en razón de los vínculos generados por la relación usuario-empresa.

El derecho de petición de los usuarios de las EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS se halla expresamente regulado en la Ley 142 de 1994, la cual en su artículo 152 dispone:

“Derechos de petición y de recursos.

Es de la esencia del contrato de servicios públicos que el suscriptor o usuario pueda presentar a la empresa quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos”

(El subrayado es nuestro)

En igual sentido, el artículo 153, dispone que las peticiones y reclamos de los usuarios, suscriptores, o suscriptores potenciales han de estar referidos a los servicios que presta la empresa, y que el procedimiento para el ejercicio del recurso es el establecido por las normas vigentes sobre el derecho de petición.

Ahora bien, en relación con la solución al ejercicio de los derechos de petición, es preciso determinar que el Consejo de Estado, en Jurisprudencia del 24 de abril de 1996, ha señalado que la respuesta a la reclamación, así sea adversa para el solicitante satisface plenamente la pretensión, tornando en improcedente el ejercicio de la acción de tutela para obligar a un pronunciamiento favorable.

Textualmente reseñamos:

“ Definido el derecho de petición como aquel que tiene toda persona para dirigirse ante las autoridades y reclamar sus derechos y obtener una pronta resolución, en su concepción abstracta, goza de autonomía jurídica y es objeto de protección mediante la acción de tutela, aún cuando en la petición concreta puedan estar involucrados otros derechos, igualmente de linaje constitucional fundamental. Pero una vez el administrado obtiene un pronunciamiento oportuno, así sea en sentido adverso a la reclamación, el derecho de petición se considera satisfecho y en tal virtud, la acción de tutela deviene improcedente” (El subrayado es nuestro)

I .- La naturaleza jurídica de las EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS (ESP)

La Ley de Servicios Públicos, determinó la naturaleza jurídica de las EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS, al distinguir tres (3) categorías: EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS OFICIAL, EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTA Y EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA, en el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, instituto jurídico especial para estos entes societarios, que regula como norma prevalente su régimen, al decir de su artículo 186:

“Para efectos del artículo 84 de la Constitución Política, esta Ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta Ley; deroga todas las Leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las Leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. En caso de conflicto con otras Leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materias, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta Ley objeto de excepción, modificación o derogatoria”

Al efecto, en cumplimiento del mandato de los artículos 365 a 370 de la Constitución, la Ley 142 de 1994 ha creado y definido una nueva estirpe societaria, dándole una regulación plena y la ha sometido al régimen de derecho privado, independientemente de la composición accionaria, del origen público o privado de los aportes a su capital social, o a la naturaleza del acto o del derecho que se ejercite.

II. El régimen jurídico de la EEB S.A. (ESP), estipulado en la Ley 142 de 1994, es de derecho privado, asimilándose al de las SOCIEDADES ANONIMAS .

De conformidad con los artículos 32 y 19.15 de la Ley 142 de 1994, el régimen jurídico de las EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS (ESP) es el del derecho privado, regulándose exclusivamente por las normas del referido estatuto de los servicios públicos y las reglas del Código de Comercio sobre Sociedades anónimas, reglamentación sustancialmente diferente de la estipulada para las antiguas sociedades de economía mixta.

El texto del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, es contundente cuando dice: **“Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución y los actos de todas las Empresas de Servicios Públicos, así como todos los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.**

La regla precedente se aplicará inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce” (El subrayado es nuestro).

Así, ante la clara expresión normativa, no se puede pretender introducir a las EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS (ESP), las reglas de las sociedades de economía mixta, olvidando que la Ley 142 de 1994, en su artículo 14, creó una nueva estirpe de entes societarios: la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS OFICIAL (14.5), la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTA (14.6), y la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS PRIVADA (14.4), con un régimen jurídico especial, posterior y prevalente, en el solo se podrán anteponer en la jerarquía normativa las disposiciones **expresas** de la Constitución Política, y donde los vacíos y lagunas se llenan con las disposiciones que sobre las sociedades anónimas se consagran en el Código de Comercio.

Como puede observarse, por ninguna parte el legislador nos remite a las reglas de las sociedades de economía mixta.

Obsérvese igualmente, que cuando la petición no está encaminada a obtener información sobre la relación usuario-empresa, que es el único evento en que procedería el ejercicio del derecho de petición frente a las empresas de servicios públicos, no es procedente, más cuando lo que se pretende es el acceso a los documentos, libros y papeles de comerciante tienen carácter confidencial, al tenor de las disposiciones del artículo 15 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 61 a 67 del Código de Comercio y el artículo 9.4 de la ley 142 de 1994.

Al efecto dispone el artículo 61 del estatuto mercantil que **“los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente”**

III.- Las EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS (ESP), se reglan por la Ley 142 de 1994 y no por el estatuto de las sociedades de economía mixta.

Las EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS (ESP), constituidas como sociedades por acciones, no se rigen por las normas de las sociedades de economía mixta (artículos 461 a 468 del Código de Comercio), sino por un Estatuto Jurídico especial, posterior y de aplicación prevalente, la Ley 142 de 1994, que en sus vacíos expresamente remite al régimen de las sociedades anónimas y no al de las sociedades de economía mixta, regido íntegramente por las reglas del derecho privado.

Respecto al porcentaje de la participación estatal en las ESP, sólo es preciso referir el claro mandato del artículo 32 del estatuto de los servicios públicos, que expresamente dice que el régimen de derecho privado se aplicará **“inclusive en las sociedades en que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce”**

IV.- El derecho de petición en las empresas de servicios públicos solo procede para la relación usuario-empresa.

Mediante la sentencia T-001 del 16 de enero de 1998, emitida con ponencia del Magistrado ANTONIO BARRERA CARBONEL, la CORTE CONSTITUCIONAL determina: i) que, en principio, el derecho de petición tiene como sujeto pasivo a la autoridad pública, no a los sujetos privados (...); ii) que cuando el derecho de petición se ejerce extraordinariamente ante estos, se habilita a las personas para ser oídas e informadas sobre los asuntos y decisiones que las afectan y oponerse a los abusos en que puedan incurrir válida de su posición dominante dentro de una relación jurídica (...); iii) que tratándose de prestación de servicios públicos, dicho derecho se reserva en principio, a los usuarios y suscriptores del servicio, en lo directamente vinculado con la relación usuario-empresa.

La tesis central de la CORTE CONSTITUCIONAL, frente a información y documentos que pertenecen al giro ordinario de las actividades reservadas de la empresa de servicios públicos es la siguiente:

“Es preciso concluir que no es posible que terceros puedan ejercer el derecho de petición ante una empresa de servicios públicos domiciliarios, mediante la obtención de datos, informaciones y documentos que hacen parte del ámbito de la gestión privada de la empresa y de cuyo conocimiento están excluidos dichos terceros, por no tratarse de documentos públicos a los cuales pueden tener acceso todas las personas en los términos del artículo 74 de la Constitución, y porque los referidos datos y documentos están sujetos a la protección a que aluden los incisos 3 y 4 del artículo 15 de la misma obra.

Si se examina el contenido de la petición del demandante, fácilmente se llega a la conclusión, cómo él mismo lo asevera, que con la información y documentos solicitados persigue la satisfacción de intereses meramente personales, obligando para tal fin a la empresa que exponga a la luz

pública informaciones y documentos privados que por este mismo carácter son reservados, y que sólo tendría obligación de exhibir o suministrar cuando se den los supuestos de carácter sustancial y procesal previstos en la Constitución y la ley". (El subrayado es nuestro)

Del análisis de la Carta fundamental, entonces, es preciso colegir que las actas de las Juntas Directivas de las EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS (ESP) tienen reserva legal, con fundamento en los artículos 28 (numeral 7), 48, 49, 60, 61 y 189 del Código de Comercio, por conformar los llamados LIBROS DE COMERCIO, respecto de los cuales el artículo 15 de la Constitución Política les ha otorgado reserva legal.

V.- NECESIDAD DE PROTECCION A LA INFORMACION SOCIETARIA DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS:

La tesis contraria a la que hemos venido sosteniendo respecto a la publicidad de la información de las empresas de servicios públicos, causaría gran desmedro patrimonial a estas, por cuanto se dejarían expuestos sus elementos societarios, sus estrategias empresariales, sus proyectos de expansión, su información financiera, su portafolio de inversiones, sus planes de desarrollo ante terceros, desvertebrando la estructura Constitucional consagrada en los artículos 365 a 370 de la carta política, para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, dentro de los criterios de libertad de empresa, eficiencia y libre competencia.

Igualmente se violaría el derecho a la **igualdad** consagrado en el artículo 13 de la Constitución política, a las empresas de servicios públicos con participación de entidades públicas, ya que estaría discriminándolas frente a las empresas de servicios públicos privadas, que siempre pueden acogerse a la protección de la reserva documental establecida en el artículo 15 de la Carta Política.

Los efectos de una tesis de esta naturaleza, serían devastadores para las empresas de servicios públicos con participación de los entes estatales, que serían demolidas en el ejercicio de la competencia por las empresas con capital exclusivamente privado, llegando al absurdo de que las primeras tendrían que exponer al público toda su información, documentos y estrategias empresariales, mientras las segundas podrían operar ejerciendo reservadamente sus actividades sociales.

Obsérvese que las actas de las JUNTAS DIRECTIVAS, contienen toda su información societaria, sus relaciones con terceros, sus procedimientos administrati-

vos, sus estrategias financieras, dejándolas desnudas y expósitas frente a sus competidores en el mercado nacional e internacional.

VI.- ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

Progresivamente la Jurisprudencia ha venido decantando el tema respecto a la confidencialidad de los documentos relativos a la gestión societaria, en las EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS; al respecto citamos dos de las más relevantes:

A) Sobre la naturaleza jurídica de las ESP el CONSEJO DE ESTADO, sección segunda, en providencia del 19 de junio de 1997, con ponencia de la Magistrada CLARA FORERO DE CASTRO dijo:

" Como para la fecha de retiro del señor Manolo Chavarro Lara, 10 de julio de 1996, la Empresa de Energía de Bogotá, ya se había transformado en una sociedad por acciones constituida como una empresa de servicios públicos, asimilada a las sociedades anónimas, conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994 (inciso 1o del artículo 2o de los estatutos) "(El subrayado es nuestro)

B) EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, sección segunda, en providencia del 11 de diciembre de 1997, desatando una ACCION DE CUMPLIMIENTO ante una (ESP) dijo:

"Por lo analizado, se puede concluir que la Empresa de Energía de Bogotá, es una empresa privada que presta un servicio público y que está sometida a la acción de cumplimiento sólo en cuanto la actuación u omisión acusada tenga relación con las funciones públicas a su cargo.

En el asunto materia de estudio, se tiene que la petición del actor se refiere a la expedición de documentos relativos a la constitución accionaria de la entidad, sin que ello tenga que ver con el cumplimiento mismo del servicio público de energía, procedimiento que, como se indicó En este caso, a juicio de la Sala, no es materia de la acción de cumplimiento". (El subrayado es nuestro).

Y agrega el Tribunal Administrativo, al sostener que la EEB S.A. (ESP) al dar respuesta al solicitante informándole sobre las razones por las cuales no proce-

día la expedición de los documentos solicitados, satisfizo la petición , expresó:

" (...) No se ha configurado el incumplimiento de la entidad ni de su representante legal, conforme se explicará. (...) Según los documentos aportados por el demandante y , de acuerdo con la información rendida por el Gerente de la Empresa de Energía de Bogotá, se tiene que éste respondió cada una de las peticiones del actor. (...) En este orden de ideas, es claro que el demandado no incurrió en incumplimiento, ni se ratificó en él, ni dejó de contestar el requerimiento dentro de los 10 días indicados en el inciso segundo, del artículo 8o de la Ley 393 de 1997, toda vez que el 14 de noviembre le dieron respuesta, explicando las razones para no aplicar la disposición citada

Como se desprende de la anterior sentencia, no pueden convertirse los ciudadanos, individualmente , a través del ejercicio ilimitado del derecho de petición a las ESP, en nuevos organismos de control, pretendiendo ejercer funciones propias de las autoridades legalmente constituidas, sin restricciones de ninguna especie, transformando a la administración de la empresa en amanuense dócil que transcribe y entrega toda la documentación relativa a la actividad empresarial.

Las empresas de servicios públicos, de conformidad con lo estipulado en la sentencia del 16 de enero de 1998 emanada de la CORTE CONSTITUCIONAL, no están obligadas a entregar a terceros las informaciones y documentos que hacen parte del ámbito de la gestión privada de la empresa, ya que cuando la Ley determina que una decisión de una sociedad debe ponerse a disposición del público, ordena expresamente que se inscriba en el registro mercantil, donde puede ser consultada por todos los ciudadanos; las demás decisiones gozan de reserva de acuerdo con la Constitución y la Ley.

Por consiguiente, no se puede pretender por la vía extraordinaria y residual de la ACCION DE TUTELA, exigir a una entidad regida por el derecho privado, que exponga a cualquier ciudadano toda su información administrativa, financiera y societaria, pretendiendo trasladarle las cargas establecidas por la Ley para las "autoridades", esto es para los entes regidos por el derecho público.

ESTADO, EDUCACION Y UNIVERSIDAD

Jorge Eduardo Lamo Gómez

ESTADO, EDUCACION Y UNIVERSIDAD

Jorge Eduardo Lamo Gómez

"Los profesores enseñamos para que los alumnos puedan vivir sin nosotros, para que puedan prescindir de nosotros. El maestro enseña para que los demás puedan olvidarlo. Es un poco suicida." (Fernando SAVATER)



a Universidad como Institución Educativa, requiere ser repensada dentro de la situación actual del país, ya que está llamada a jugar un papel preponderante para la solución de la crisis de valores en que se halla inmersa Colombia. Y al hablar de repensarla, necesariamente ha de partirse de las razones de su inserción dentro del esquema filosófico - político del Estado.

Siguiendo el pensamiento del filósofo contemporáneo FERNANDO SAVATER, la educación no puede ser concebida por fuera de los objetivos de la organización Estatal, insertada dentro del contexto internacional.

En nuestro caso, si el sistema jurídico que pretendemos estructurar y desarrollar, parte de los supuestos del Estado Social de Derecho, en donde son fundamentales los principios de igualdad de los ciudadanos, que deben tener expresión en la igualdad de oportunidades, en la primacía de los derechos inalienables de las personas, en el reconocimiento de la diversidad

étnica y cultural, en la inviolabilidad del derecho a la vida, en la libertad del pensamiento y de conciencia, en fin, en todas las bases que conduzcan a la construcción de una estructura realmente democrática y participativa, la educación entonces se constituye en "un intento de la sociedad de fabricar hombres capaces de vivir e ella" por cuanto "los ciudadanos democráticos no nacen como los hongos o los cardos, así, sin más, libremente, sino que son una empresa de la propia democracia", por lo que dentro de este contexto las sociedades democráticas deben educar "en defensa propia", sin olvidar que los valores que persiguen no están circunscritos a una sola sociedad.

Todo lo anterior ha de entenderse dentro de una concepción universalista, que relieve que las necesidades de cada sociedad resultan comunes, que los ideales que unen a los hombres son más que las cosas que los separan y que "somos mas parecidos de lo que nuestras culturas pretenden hacer entender".¹

El artículo 27 de nuestra Carta Política, señala que: "El Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra".- Postulado del cual surge un primer obligado interrogante: Se trata de una libertad absoluta de enseñanza?, o por el contrario, esa libertad se debe entender mediatizada por la necesidad de defensa de los ideales políticos del sistema?.

Creo que resulta imposible para el sistema político, entendido como un conjunto de principios filosóficos sobre el quehacer del Estado, que su sistema educativo en aras de la pretendida libertad de enseñanza, conciba en su interior la posibilidad de una educación encaminada a desestabilizarlo y sustituirlo, y mas cuando se ha logrado un consenso que se considera hace parte del sentir social y mas que ello de su identidad como pueblo y su proyección como nación.

Obvio, si que se piense dentro del esquema del modelo de las organizaciones autocráticas que parten de "verdades oficiales", que no permitan el conocimiento de otras o la contradicción de sus postulados con referentes de pensamientos que les sea disímiles.

Y la afirmación anterior es trascendente y resulta valedera si se le analiza, en el caso de la enseñanza universitaria, a la luz de los principios contenidos en la Ley 30 de 1992, conforme a los cuales:

¹ SAVATER, Fernando. "Las Sociedades Democráticas Educan en Defensa Propia", entrevista publicada en el TIEMPO- Lecturas Dominicales - 31 de agosto de 1997

1. Se le considera como un servicio público cultural, inherente a la finalidad social del Estado, por lo cual y pese a la garantía de la autonomía universitaria, el Estado se arroga funciones de suprema inspección y vigilancia, esto es, se da una expresión de intervencionismo estatal que no puede ser comprendido sino dentro de los parámetros del sistema político.
2. Se le concibe como un proceso permanente que "posibilita el desarrollo de las potencialidades del ser humano de manera integral", para lo cual debe despertar en los educandos un espíritu reflexivo "orientado al logro de la autonomía personal, en un marco de libertad de pensamiento y de pluralismo ideológico que tenga en cuenta la universalidad de los saberes y la articulación de las formas culturales existentes en el país", definiciones estas que enmarcan un claro sentido político explicable dentro de la necesidad de defensa del sistema jurídico - institucional.

Pero en Colombia nos identificamos con los ideales del sistema?. Hacemos abstracción de sistemas y gobernantes?. El ejercicio de la actividad estatal se encamina a dar forma a un verdadero sistema jurídico fundado en los ideales de la Carta o por el contrario encamina su actividad sólo por la apariencia de legalidad? Hasta dónde la inspección y vigilancia puede devenir en un proceso en contra de la misma pluralidad ideológica y autonomía, sustentada dicha acción en el amañado criterio de la equivocidad de las normas a partir de su interpretación?.

La educación se compadece con los ideales preconizados por el sistema o se considera ajena del mismo, porque los valores que la inspiran se acercan más a las necesidades de la oferta y la demanda y se constituyen en un elemento adicional para la detentación del poder, alejado por tanto del propósito de solidificar nuestra estructura jurídica y nuestra propia nacionalidad?

Qué papel, entonces, le corresponde jugar a la Universidad para la construcción del ideal nacional?

Graves interrogaciones las anteriores, sobre los cuales no son posibles conclusiones apriorísticas, ni identidades absolutas, ni menos aún concepciones maniqueas, totalizantes o intolerantes.

La verdad es que la educación debe ser entendida como una de las estrategias para el desarrollo de los pueblos, como quiera que es herramienta insustituible para el bienestar de la sociedad, está llamada a ser el vaso comunicante entre el

avance del conocimiento, el desarrollo económico y el conocimiento mismo del país que le permita reconocerse mejor como nación.

Empero, en Colombia en materia de educación universitaria se viene haciendo un análisis equivocado al suplantar lo que debe constituirse en un urgente debate y definición, por la consideración de la relación presupuesto - número de alumnos, en el cual el diagnóstico se basa en la relación entre educación universitaria y costo de la misma.

"Las políticas de estímulo a la demanda, que de años atrás viene aplicando, ya dejan ver sus resultados: un ejemplo es la proliferación de los programas con mayores demandas, sin relación con la calidad académica, por lo que por un lado se fortalece lo que ya existe en exceso, como los programas en administración de empresas y los contables, o los que están a punto de serlo como la medicina; y por otra se agranda la brecha en el acceso o, mejor, en la inaccesibilidad a la educación superior."²

En Colombia Claramente diferenciadas existe una Universidad Pública y una Universidad Privada. -

Podría pensarse que a la Universidad Pública correspondería el desarrollo de áreas que estimulan la oferta educativa en programas, que si bien carecen de la rentabilidad de otras disciplinas, en el entendido de su necesidad como elemento de cohesión social y de modificar el atraso de nuestra capacidad científica y humanística, como en el caso de formación de filósofos, doctores en física, matemáticas y química, etc....- Desafortunadamente no es así ya que presupuestalmente se le ha venido reduciendo para someterla a una muy dudosa autocosteabilidad, constituyéndose en una institución más del Estado, en donde parece que la lucha de sus estamentos por "morder" mas de la tajada presupuestal fuera de su constante, como forma de poder subsistir.

La realidad es que las áreas de las ciencias humanas y sociales, de las ciencias matemáticas y de las naturales se encuentra frente a una profunda crisis y grave atraso: de acuerdo a estadísticas de la UNESCO mientras en América Latina el porcentaje de estudiantes de nivel superior oscila entre el 5% y el 11%, en Colombia solo llega el 1%.

² ROLDAN Ismael M.D., "Educación por Oferta y Demanda", El Tiempo - Lecturas Dominicales, 7 de septiembre de 1997.

Lograremos así modificar la bases conceptuales de nuestra sociedad y sustituir las mismas de la violencia y la carencia de ética que ya ni siquiera se soslaya?.

En medio del problema se encuentran los educadores y el objetivo mismo del proceso educativo.

Se habla de educar. - Pero que es educar?. Acáso contemporizar con el sistema o con los intereses inmediatistas o no de los estudiantes? Hacer primar el concepto de lo lúcido sobre lo formativo, dando así paso a formas de absoluta permisibilidad para los educandos?. Considerar impostergables las tendencias sobre la denominada tele-educación con su impersonalidad total y con resultados en materia ético-formativa a mi juicio discutibles y que convierten al individuo en sólo un pequeño eslabón de la "mass media" a quien no le es dable ni profundizar ni cuestionar?.

La educación debe comportar una inter-relación profesor-alumno.

Es un aspecto que parece axiomático, pero que deja de serlo, cuando se analizan los diversos matices del proceso, que van desde la denominada "pedantería pedagógica", en la cual el prestigio del maestro resulta más trascendente que el contenido de su enseñanza, ya que lo que importa es lo que el maestro dice con la vana pretensión de la verdad absoluta, o el otro extremo: el profesor complaciente, que olvida que en buena parte corresponde al maestro ser en cierta forma una instancia de frustración: frustración de caprichos y deseos, como parte necesaria de formar dentro de un sentido de realidad y de la ética. Consideramos válido, entre estos extremos, el aserto transcrito como prolegómenos de estas disquisiciones deshilvanadas y aparentemente inútiles: la relación entre el profesor y alumnos debe buscar crear inquietudes y aptitudes para la investigación, mecanismos para la discusión y la controversia, elementos para al tolerancia, de manera que se enseña para que nuestros alumnos puedan prescindir de nosotros y pasar a ser de receptores en verdaderos creadores del pensamiento.³

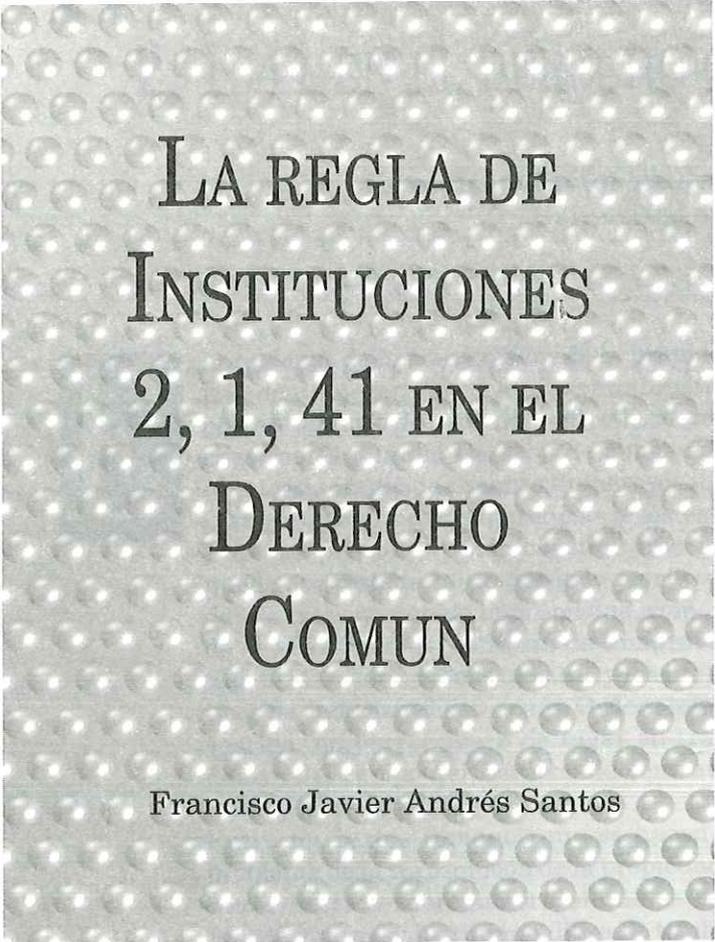
Estas son épocas de a-dogmatismo. Afortunadamente el pensamiento del hombre cada vez se torna más libre y no puede el sistema educativo buscar en el profesor un mero instrumento, aherrojado a preconceptos, masificado o mediatizado o uncido a un sistema que no le representa cabalmente, porque lo palpable es el divorcio entre los ideales de la filosofía política del Estado y quienes lo encarnan.-

³ SAVATER, Fernando. "Las Sociedades Democráticas Educan en Defensa Propia", entrevista publicada en el TIEMPO- Lecturas Dominicales - 31 de agosto de 1997

Así como la Universidad representa ese ideal educativo de lograr el avance del conocimiento y unirlo al desarrollo económico para que el país se conozca a si mismo como paso para conformar una nación ordenada y en paz, tiene el profesor la misión de coadyuvar a su logro mediante el constante interrogar de la realidad de cada día, dando sentido y construyendo identidad, resolviendo problemas, reconociendo propuestas de certidumbre para desmitificarlas y resignificarlas, apropiarse de la historia y de la cultura, "convivir dentro de esquemas de inter-aprendizaje derivados de la cooperación y participación colectiva, que no generan esquemas de reprobación o intolerancia, sino determinen la experimentalidad a partir de la relación y contextualización de vivencias propias o ajenas, en donde se entregue lo mejor de si y se reciba lo mejor de los otros"⁴

Y, estas disquisiciones conducen a las inevitables preguntas, que deben responderse desde la perspectiva de quienes somos por vocación y dedicación Profesores Universitarios:

Como encaja nuestra actividad en la UNAB dentro de los criterios de educación para la democracia y la creación de un verdadero país?



LA REGLA DE INSTITUCIONES 2, 1, 41 EN EL DERECHO COMUN

Francisco Javier Andrés Santos

⁴ PRIETO CASTILLO Daniel, "Sentir lo Alternativo", Ediciones Culturales de Mendoza (Argentina), 1991.

LA REGLA DE INSTITUCIONES 2, 1, 41 EN EL DERECHO COMUN

Francisco Javier Andrés Santos
Universidad de Valladolid
(ESPAÑA)



El problema de la transmisión de la propiedad con motivo de un negocio de compraventa constituye un importante punto de conexión entre la materia de derechos reales y la del Derecho de obligaciones, que ha planteado tradicionalmente numerosos interrogantes y abierto profundas sugerencias a los estudiosos del Derecho privado.¹ Como cuestión fronteriza que es, puede ser tratada tanto desde la teoría sobre los modos de transmisión de la propiedad, como en el marco de la exposición del contrato de compraventa, en virtud de las orientaciones teóricas y los propósitos prácticos de cada estudioso o cada Ordenamiento. En este sentido, no parece fuera de lugar su tratamiento ni dentro del campo del Derecho de contratos ni del de los derechos reales.

Entre los textos romanos que se hacen eco de este problema de la transmisión de la propiedad *venditionis causa* destaca sobremanera el que se recoge en las *Instituciones* de Justiniano, libro II, título I, parágrafo 41, el cual, tras haberse establecido en el parágrafo

¹ Cfr. MIQUEL, J., *Compraventa y transmisión de la propiedad*, en SCDR 5 (1993), p. 90.

anterior que la propiedad sobre las cosas se adquiere por la tradición «*iure naturali*», dice lo siguiente:

sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri.

El texto, en la traducción de Hernández-Tejero, dice así: «Si la entrega se hace por donación, dote o por otra justa causa, no hay duda de que se transmite la propiedad. Ahora bien, las cosas que se vendieron y entregaron, únicamente se hacen propiedad del comprador cuando éste abonó su importe al vendedor o de cualquier otro modo le satisfizo, dándole, por ejemplo, una cosa en prenda o presentando a alguien que respondiese por él. Ya se dice esto en las XII Tablas; sin embargo, con razón se afirma que es una norma propia del Derecho de gentes, esto es, del Derecho natural. Mas hay que advertir que si el vendedor se fia del comprador éste adquiere, sin más, la propiedad de la cosa que entregó».²

El pasaje ha sido objeto de abundantes discusiones en la moderna doctrina romanista en cuanto a su verdadero alcance, debido a las perplejidades que produce. Por un lado, la exigencia del pago del precio, o al menos su garantía suficiente, para que la *traditio* derivada de la compraventa produzca la adquisición de la propiedad para el comprador, no concuerda con lo establecido en las Instituciones de Gayo (2,19-20) y en otros textos de origen clásico, donde no se dice nada de tal requisito;³ pero sí, en cambio, con otros pasajes compilatorios.⁴ Por otro lado, la referencia a la ley de las XII Tablas como origen de esta exigencia de pago o garantía del precio resulta en sí misma enigmática, por cuanto no hay noticia alguna en toda la literatura de la época clásica sobre tal contenido de la ley decenviral o su *interpretatio* posterior. Por último, el propio texto encierra una excepción a la regla del pago del precio, como es el hecho de que la propiedad se transmita inmediatamente al comprador si el vendedor «*fidem emptoris secutus*

² Las Instituciones de Justiniano (trad. esp. de F. Hernández-Tejero Jorge), Madrid, 1961, p. 72.

³ U.E. 19,7; P.S. 2,17,14(15); Ulp. D. 6,1,41,1; Call. eod. 50 pr.; Pomp. D. 13,7,2; Ner. D. 41,1,13; Paul. eod. 31 pr., entre otros; vid. también Diocl. C. 3,32,12; eod. 27; C. 4,38,8 s.; eod. 12; C. 4,49,1; eod. 6; C. 4,54,6, y otros muchos rescriptos de la cancillería imperial del siglo III contenidos en el *Codex Iustinianus*.

⁴ Vid. Ulp. D. 7,1,12,5; eod. 25,1; D. 14,4,5,18; Gai. D. 18,1,53; Ulp. D. 19,1,11,2; Paul. D. 40,12,38,2; Ulp. D. 49,14,5,1; cfr. también Varr. *re rust.* 2,1,15; 2,2,5.

fuerit», esto es, si puso su confianza en el comprador, expresión que no deja de ser oscura en cuanto a su sentido dentro del pasaje y a su significación práctica.⁵

Todos estos problemas, y otros a los que no es preciso ahora aludir, han llevado a parte de la doctrina a descartar toda clasicidad en este pasaje y a imputar sus soluciones únicamente al Derecho de Justiniano, dominado aquí por representaciones jurídicas de procedencia greco-oriental, extrañas por tanto a las del Derecho romano clásico. Sin embargo, otra parte de la romanística, quizá hoy mayoritaria, tiende a ver en este punto un eco tardío de ideas antiguas, y también clásicas, eso sí, adaptadas por Justiniano a las condiciones jurídicas de su época.⁶

Con todo, independientemente de las diversas valoraciones que pueda haber recibido este célebre texto entre los romanistas modernos en cuanto a su fondo histórico real, lo cierto es que la regla contenida en el mismo fue recibida y aceptada indiscutiblemente entre los autores del Derecho común de manera constante como norma de inmediata aplicación y coherente con los restantes textos del *Corpus iuris civilis*.⁷ Las únicas diferencias planteadas al respecto son de orden interpretativo en relación con los diversos extremos contenidos en el pasaje, en particular respecto a la enigmática expresión del «*fidem sequi*», pero no sobre su validez y eficacia, que nadie ponía en entredicho en tanto que procedente de manera directa de las fuentes romanas. Esto, como es obvio, no podía ocultar las contradicciones y discrepancias observadas en las propias fuentes, lo que obligó a los autores a llevar a cabo una importante labor de armonización textual; esta circunstancia produjo, a su vez, una notable masa crítica de interpretaciones en diversas líneas, tanto por lo que se refiere a la mejor intelección de los textos romanos, como a la relación entre la regla justiniana y los Ordenamientos vigentes en las diversas épocas y las propias necesidades del tráfico jurídico.⁸

⁵ La expresión se repite sustancialmente en Pomp. D. 18,1,19: «*vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione*».

⁶ La literatura sobre el tema es copiosísima: vid. amplia bibliografía en KASER, RP I², p. 418 n. 43, y más recientemente, IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Barcelona, 1993, pp. 372 s. n. 110. Sobre los diversos puntos de vista, vid. ahora ZIMMERMANN, R., *The Roman Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town/München, 1990 (reimpr. 1992), pp. 272 ss. Una imaginativa propuesta de solución a los interrogantes señalados ha sido planteada por HONORÉ, T., *Sale and Transfer of Ownership: the Compilers' Point of View*, en *Studies in Justinian Institutes in Memory of J.A.C. Thomas*, London, 1983, pp. 56 ss., quien articula una hipótesis de reconstrucción del procedimiento seguido por los compiladores para afrontar el problema y llegar al estado actual de las fuentes al respecto; cfr. sin embargo, últimamente, MARRONE, M., *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, en *Vendita e Trasferimento della Proprietà nella prospettiva storico-comparatistica II*, Milano, 1991, pp. 483 ss. (ampliado en *Annali Palermo* 42 [1992], pp. 181 ss.).

⁷ COING, H., *Europäisches Privatrecht I*, München, 1985, p. 307; ZIMMERMANN, *Law of Obligations cit.*, p. 273.

Cronológicamente, las diversas soluciones presentan, a grandes rasgos, la siguiente línea evolutiva:

1. En la Glosa de *Accursio*, las aparentes incongruencias entre la regla que presentamos y los textos que no aluden al pago del precio se resuelven a través de la presunción general del *fidem sequi* en todos los casos, mientras no se demuestre lo contrario: así pues, si el comprador recibe la cosa del vendedor, se supone que éste ha puesto su confianza en él y, por lo tanto, se hace propietario de la misma inmediatamente;⁹ ahora bien, esta presunción funciona siempre que la *traditio* se haga «*pure*» o «*simpliciter*», sin otros añadidos, pero no cuando pueda interpretarse que el vendedor no ha querido transmitir la propiedad, bien porque ha exigido el pago o ha dado un plazo muy corto para efectuarlo, en cuyo caso la venta se considera realizada al contado: no hay crédito y el vendedor conserva la propiedad en tanto no sea pagado el precio.¹⁰ La presunción del «*fidem emptoris sequi*», por tanto, no equivale para *Accursio* a la transmisión inmediata de la propiedad por la *traditio venditionis causa*, según podría desprenderse de la simple lectura de diversos pasajes del *Codex* de Justiniano, sino que constituye un medio de preservar la voluntad del vendedor de conceder crédito al comprador como fundamento de la transmisión de la propiedad.

2. Asimismo, entre los Comentaristas las opiniones al respecto son divergentes. Mientras para *Bártolo*, al igual que para la opinión común de los glosadores, la acreditación del precio se presume con la simple *traditio* del objeto vendido,¹¹ otros autores, principalmente *Baldo de Ubaldis*, reaccionan contra esta teoría. Para Baldo, en efecto, la transmisión de la propiedad se produce también cuando el vendedor simplemente aplaza el pago del precio («*fides habita*»). Ahora bien, la duda está en cuándo debe entenderse que el pago se ha aplazado y, por consi-

⁹ El tema ha sido objeto de profundos análisis por parte de FEENSTRA, R., *Reclame en revindicatie*, Haarlem, 1949, pass., esp. pp. 98 ss.; ID., *Inst. 2,1,41 et les origines de la "revindication" du vendeur non payé*, en RIDA 4 (1950), pp. 455 ss.; ID., *Eigentumsvorbehalt und die Regel von Inst. 2,1,41. Über das Verhältnis von Kaufpreiszahlung und Eigentumsübertragung*, en TR 58 (1990), pp. 133 ss.; ID., *Eigendomsvergang bij koop en terugvorderingsrecht van de onbetaalde verkoper: Romeins recht en Middeleeuws handelsrecht*, en THRHR 50 (1987), pp. 127 ss.; y también de LUIG, K., *Übergabe und Übergang der verkauften Sache nach römischem und gemeinem Recht*, en *Satura R. Feenstra oblata*, Friburg, 1985, pp. 445 ss.; ID., *Das Verhältnis von Kaufpreiszahlung und Eigentumsübergang nach deutschem Recht*, en *Vendita e Trasferimento della Proprietà I*, Milano, 1991, pp. 225 ss.

¹⁰ Vid. gl. *fidem emptoris* ad I. 2,1,41: "Item quid si simpliciter tradat? Respond. videtur sequi fidem, nisi contra probetur: ut quia forte dicebat emptor praesentem se habere pecuniam". Cfr. también gl. *vindicare* ad D. 14,4,5,18; gl. *tradidit* ad C. 4,54,3; gl. *fuerit* ad C. 3,32,12; gl. *distaxistis* ad C. 4,38,8. Al respecto, vid. LUIG, *Satura Feenstra* cit., pp. 451 ss.

¹¹ Cfr. gl. *tradidit* ad C. 4,54,3; gl. *satisfactione* ad D. 18,1,19. Por el contrario, otros glosadores (Odofredo, J. Bassianus, quizá Azón) no admiten la concesión de crédito al comprador en caso de que se haya marcado un plazo expreso para realizar el pago, de modo que el vendedor conserva la propiedad de la cosa y puede reivindicarla, en su caso: vid. LUIG, *Satura Feenstra* cit., pp. 448 ss.

¹² BARTOLUS, comm. a D. 24,3,22,13 y D. 15,3,16. Cfr. FEENSTRA, *Reclame en revindicatie* cit., pp. 269 ss.

guiente, el vendedor ha concedido el crédito al comprador. No basta para presuponer esto, a su juicio, con que el vendedor entregue la cosa al comprador sin más indicaciones, sino que debe tenerse en cuenta la intención de las partes al realizarse el acto de entrega: por tanto, no puede haber, en principio, ninguna presunción, ni a favor ni en contra de la concesión de crédito por la mera entrega (salvo en el caso de las ventas de mercancías en ferias o mercados).¹² De este modo, queda fortalecido el principio de la vinculación de la transmisión de la propiedad al pago del precio y la consiguiente formulación de una cierta reserva de dominio tácita en favor del vendedor no pagado.

3. Esta concepción de Baldo fue reivindicada también por los autores del *usus modernus pandectarum*, e incluso penetró en algunas legislaciones, sobre todo en las del Derecho romano-holandés de los siglos XVI a XVIII.¹³ De entre los autores de la escuela holandesa cabe citar a *Vinnius*, quien acepta sin discusión la validez de la regla del pago del precio, de modo que, si no se ha pagado, el comprador no adquiere la propiedad, a menos que el vendedor expresamente haya dado un plazo para el pago. Así pues, la antigua presunción de la glosa en favor del *fidem sequi* cuando no se dice nada, debe ser invertida: en la duda, cuando el vendedor hace la *traditio* al comprador, no le concede crédito, salvo que el comprador pruebe lo contrario; por consiguiente, el vendedor conserva la propiedad hasta el momento del pago y puede así reivindicar la cosa.¹⁴ De la misma opinión es *Voet*, quien niega *expressis verbis* que el vendedor haya concedido crédito al comprador por la simple entrega de la cosa: hace falta que inter venga algún signo distintivo que indique si el vendedor «*fidem de pretio habuisse*»;¹⁵ además, este autor hace revivir la teoría, que se remonta a los glosadores, según la cual el vendedor siempre conserva la *rei vindicatio* de la cosa, aunque haya entregado la misma con crédito al comprador, cuando existió en éste un *dolus causam dans contractui* desde el principio.¹⁶ Asimismo *Van der*

¹² Vid. BALDUS, comm. a D. 18,1,53; a I. 2,1,41; a C. 4,38,8, principalmente; vid. también PAULUS DE CASTRO, com. a C. 4,38,8; más restrictivos, sin embargo, Saliceto, Jason de Mayno y Benvenuto Straccha (cfr. FEENSTRA, TR 58 [1990] cit., pp. 139 s.). Tanto el sentido de estos pasajes de Baldo como las influencias que parecen mostrar han sido objeto de discusión entre los intérpretes modernos: mientras FEENSTRA (*Reclame en revindicatie* cit., pp. 268 ss.; TR 58 [1990] cit., pp. 138 ss.) entiende que su teoría no se corresponde con los textos romanos y denota una influencia de los Derechos estatutarios de su época, LUIG (*Satura Feenstra* cit., pp. 456 ss.; *Vendita e Trasferimento I* cit., p. 234) sostiene que se trata del producto de una interpretación integral de los textos del *Corpus iuris*, principalmente a partir de I. 2,1,41.

¹³ Vid. al respecto CAREY-MILLER, D.L., en FEENSTRA, R./ZIMMERMANN, R. (eds.), *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlin, 1992, pp. 531 ss.

¹⁴ VINNIUS, A., *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus, & Forensis* (J.G. Heineccius recensuit) I, Venetiis, 1747, pp. 218 s. (ad I. 2,1,41).

¹⁵ VOET, J., *Commentariorum ad Pandectas Libri Quinquaginta III*, Venetiis, 1850, p. 131 (n. 11 ad D. 19,1).

¹⁶ VOET, *Commentariorum* cit. II, pp. 20 s. (n. 14-15, ad D. 6,1). Sobre los antecedentes de esta idea (Azón, Angelo y Baldo de Ubaldis), vid. FEENSTRA, *Reclame en revindicatie* cit., pp. 270 ss.

Keessel admite el juego de la regla de I. 2,1,41 con carácter general, de la cual llega incluso a decir: «quae regula variis casibus magna potest esse utilitatis»,¹⁷ aunque no llega a especificar con precisión a qué casos se refiere.

Entre los autores alemanes de esta época podría señalarse a Glück, quien sostiene que la regla del pago del precio en la compraventa para la transmisión de la propiedad se basa en la existencia de una condición suspensiva tácita de la eficacia traslativa del dominio en dicho negocio, puesto que se entiende que el vendedor no habrá querido enajenar la propiedad de la cosa, sino sólo la posesión, hasta que se le haya pagado el precio; por lo tanto, el comprador sólo estará en condiciones de demostrar su propiedad si prueba a su vez que ha pagado el precio o satisfecho de otro modo al vendedor.¹⁸ El problema de la interpretación de la cláusula del *fidem sequi* pasa, sin embargo, a segundo plano.

4. También en la Pandectística alemana se consideró indiscutible la validez sistemática de la regla contenida en I. 2,1,41, si bien con serias diferencias entre los diversos autores en cuanto a la interpretación que debía corresponderle.

Por un lado, en la corriente mayoritaria, aquí representada por Puchta,¹⁹ se sigue la misma opinión de Glück, y se considera nuestro texto como una regla interpretativa de la voluntad del tradente, afirmando que la voluntad de transmisión de la propiedad manifestada en la *traditio ex iusta causa* puede encontrarse suspendida por una prescripción legal, como es el caso de la norma que nos ocupa (ya que se entiende que el vendedor no ha querido realmente transmitir la propiedad sin que se le haya pagado el precio). Por supuesto, como explica Vangerow,²⁰ tal suspensión legal puede ser levantada por el vendedor si declara su voluntad de transmitir la propiedad al comprador de la cosa a crédito. Así pues, según esta doctrina, se exige una declaración expresa para que pueda afirmarse que el vendedor «*fidem emptoris sequitur*» y, por tanto, que se ha transmitido el dominio.

De esta línea difiere Windscheid,²¹ que no ve nuestra regla como una presunción sobre la voluntad negocial del vendedor, sino como una exigencia de la equidad natural, según expresa el propio pasaje a través de la mención del «*iure gentium, id est iure naturali*». El Ordenamiento, pues, no puede autorizar la transmisión

¹⁷ VAN DER KEESSEL, D.G., *Dictata ad Iustiniani Institutionum* I, Amstelodami/Captoniae, 1965, pp. 157 s.

¹⁸ Vid. GLÜCK, Ch.F., *Commentario alle Pandette VI* (trad. it. de A. Ascoli, P. Bonfante y G. Segré), Milano, 1838, pp. 107 s., 143. Para más información sobre otros autores del *usus modernus pandectarum* y iusnaturalistas, vid. LUIG, *Vendita e Trasferimento I* cit., pp. 238 ss.

¹⁹ *Pandekten*³, Leipzig, 1845, p. 209 s. Vid. más referencias en LUIG, op. ult. cit., p. 246 nota 47.

²⁰ *Lehrbuch der Pandekten I*, Marburg/Leipzig, 1863, p. 569.

²¹ WINDSCHEID, B./KIPP, Th., *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹ I, Frankfurt am Main, 1906, pp. 591 ss. y notas 19 ss.

del dominio sobre la cosa sin una adecuada contraprestación para el vendedor. La consecuencia de esto es que el vendedor sólo puede perder este derecho que le concede el Ordenamiento mediante su renuncia, y para ello no basta con su voluntad de que pase sin más el dominio al comprador con la entrega de la cosa, sino que es exigible su voluntad de transmitir la propiedad a pesar de que no se pague el precio. Esto ocurre ciertamente cuando la venta se realiza a crédito. Ahora bien, según Windscheid, la venta a crédito se produce en todos los casos en que el vendedor no espera un pago inmediato tras la entrega de la cosa, con lo que la efectividad de la regla del pago del precio se ve seguramente reducida.

Más crítico se muestra Dernburg,²² quien se opone a la validez universal de la regla del pago del precio en atención a las nuevas exigencias del tráfico jurídico. En efecto, este autor admite que esta dicha formaba parte de las costumbres comerciales de los romanos, de modo que tal vez podría presumirse que la voluntad del vendedor sería la de no transmitir la propiedad mientras no se pagase el precio. Sin embargo, esto podía conseguirse igualmente por otros medios jurídicos y, por otra parte, en la vida práctica la aplicación de la regla resulta del todo extraña, ya que ordinariamente nadie es demandado por hurto por el hecho de haber vendido mercancías cuyo precio no había pagado aún, como se exige por el tenor de la regla. En consecuencia, según Dernburg, la regla no podía considerarse del Derecho común y, en el tráfico jurídico moderno, la entrega de las cosas vendidas sin exigir el pago debía hacer presumir la acreditación del precio y, por tanto, la transmisión de la propiedad incondicionada de las mercancías al comprador.

Así pues, como es evidente, esta posición de Dernburg cierra el círculo y supone una vuelta a los principios de la Glosa, según los cuales el *fidem emptoris sequi* se presume mientras no se diga lo contrario. La interpretación de los juristas acaba adaptando nuevamente las viejas reglas romanas a las circunstancias del tráfico comercial moderno.

Efectivamente, el moderno Derecho privado da un paso más allá, y los nuevos Códigos civiles no han recogido ya esta regla justiniana como norma de Derecho aplicable a la sociedad contemporánea (con la excepción, quizá, del Derecho civil de Suráfrica, heredero de la excelente tradición del Derecho romano-holandés²³). A pesar de la rica elaboración doctrinal que ha suscitado (y que aquí sólo hemos

²² *Pandekten I*, Berlin, 1902, pp. 498 s.

²³ ZIMMERMANN, *Law of Obligations* cit., p. 273 y nota 11 (con referencias); vid. más detalles sobre el tema en el Derecho romano-holandés de Suráfrica en FEENSTRA, *Reclame en revindicatie* cit., pp. 154 ss.

podido esbozar de forma esquemática), así como de la pluralidad de casos y matices que se han planteado al respecto, esta regla no ha parecido a los legisladores modernos adecuada a las características de la compraventa actual, ni siquiera como instrumento de interpretación de la voluntad de los contrayentes ni como medio de asegurar los derechos del vendedor. Sin embargo, no puede afirmarse que la regla de I. 2,1,41 no haya dejado huellas aún perceptibles en los Ordenamientos contemporáneos. Centrándonos únicamente en el Derecho español, podríamos señalar al menos dos casos:

- Por una parte, la facultad de resolución de las obligaciones recíprocas por incumplimiento de uno de los obligados, recogida en el art. 1124 CC, se extiende también, como es de suponer, al contrato de compraventa, de modo que si el vendedor ha entregado la cosa al comprador y éste no ha satisfecho el precio, aquél puede, por regla general, resolver el negocio y exigir la restitución de la cosa. Esta posibilidad se reafirma expresamente, con reglas especiales, en los arts. 1504 y 1505 CC español. Dicha opción se aleja ostensiblemente de las soluciones clásicas del Derecho romano, en que el vendedor no pagado sólo dispone, en principio, de una acción para exigir el precio de venta.²⁴ Para que este alejamiento de las ideas romanas pudiese tener lugar, parece pertinente la afirmación de García Goyena, contenida en sus *Concordancias*,²⁵ que señala precisamente la vigencia en nuestro Derecho histórico de la regla de I. 2,1,41, la cual, en efecto, se encuentra recogida casi literalmente en las Partidas (Partida III, título 28, ley 46).

- Por otro lado, el art. 1922-1º CC español concede un privilegio para el crédito del vendedor de bienes muebles no pagado en caso de concurso del comprador, cuando los bienes vendidos se encuentren en poder de éste y hasta el límite del valor de tales bienes. Dicha norma tiene su origen mediato (a través del Código de Luisiana) en el art. 2102-4º del Código civil francés, que regula este privilegio de modo más detallado y concede al vendedor una posición aún más favorable.²⁶ El origen de este privilegio del propietario se encuentra sin duda en el antiguo Derecho estatutario francés, con disposiciones paralelas en los Ordenamientos

²⁴ Vid. los pasajes del *Codex Iustinianus* cit. en nota 2.

²⁵ *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852 (reimpr. Zaragoza, 1974), p. 98.

²⁶ Según el *Code civil*, el vendedor, en caso de que la venta se haya hecho sin plazos, puede reivindicar los bienes en un plazo de ocho días desde la entrega. También en el Derecho holandés el vendedor impagado dispone de un derecho de "reivindicación" (*recht van reclame*): arts. 1191 BW, 230 WK, 7.1.8.1 NBW. Sobre el régimen del privilegio en el Derecho español y sus antecedentes, vid. GULLÓN BALLESTEROS, A., *La prelación de créditos en el Código civil*, Barcelona, 1962, pp. 39 ss.

de ciudades italianas y de los Países Bajos. No obstante, Feenstra ha conseguido demostrar, a nuestro juicio, que esta regulación fue el producto de un antiguo Derecho comercial internacional del Mediterráneo, que tuvo su base en la aplicación de la propia regla de I. 2,1,41.²⁷ A esta misma solución había llegado, con todo, la interpretación teórica de dicha regla durante todo el período del Derecho común.²⁸

Por lo tanto, en atención a estos extremos, parece obvio que la regla de Inst. 2,1,41 no experimentó una recepción sólo teórica en el *ius commune* europeo, sino también práctica en los Ordenamientos jurídicos particulares. En definitiva, aun inconscientemente, la vieja norma justiniana, tan discutida, ha seguido ejerciendo una poderosa influencia en los legisladores modernos en materia de compraventa y transmisión de la propiedad, quizá como un residuo de aquel «principio de onerosidad necesaria» (*Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit*), propio de los Derechos de la antigüedad, o bien por exigencias universales del Derecho de obligaciones.²⁹

²⁷ FEENSTRA, *Reclame en revindicatie* cit., pp. 113 ss., 203 ss., 255 ss. (cfr. sin embargo WESENBERG, ZSS 68 [1951], pp. 596 ss., 602 ss.); además, vid. ID., THRHR 50 (1987) cit., pp. 134 ss.

²⁸ Entre otros, vid. BALDUS, comm. a D. 24,3,22,13; a C. 7,72,6; VOET, *Commentariorum* II cit., p. 20; WINDSCHEID/KIPP, *Pandekten* I cit., p. 893 nota 19 c.

²⁹ Sorprendentemente, la moderna ley sobre venta de bienes muebles a plazos, de 17 de julio de 1965, en su art. 9, ha vuelto a traer a colación la exigencia del pago del precio en relación con el contrato de compraventa, al establecer que la venta de los bienes muebles que son objeto de esa ley "sólo quedará perfeccionada cuando el comprador satisfaga, en el momento de la entrega o puesta a disposición del objeto vendido, el desembolso inicial". Sin embargo, esta disposición, que parece subordinar la eficacia obligacional del contrato al pago del precio, se encuentra matizada por lo establecido en el art. 2 II: "Si el vendedor entrega la cosa sin haber recibido simultáneamente el desembolso inicial, perderá el derecho a exigir el importe de éste, y la obligación de pago del vendedor se entenderá reducida al importe del resto del precio". La transmisión de la propiedad sobre el bien vendido y entregado no se halla, pues, condicionada al pago efectivo del precio, como se desprende, por otra parte, del hecho mismo de que se trate de un precio aplazado y de la posibilidad de *pactum reservati dominii* que confiere el art. 12 de dicha ley. No obstante, resulta llamativa la coincidencia de planteamientos (exigencia de pago del precio y paralela retractación) presentes en esta ley y en la vieja norma justiniana, sin duda debida a motivos casuales.

LOS FONDOS DE INVERSION COMO INSTRUMENTOS PARA ATRAER CAPITAL EXTRANJERO A COLOMBIA

Freddy Alberto Sandoval Ferreira

1. INTRODUCCION



n Colombia hablar de inversión extranjera en la mayoría de los casos es sinónimo de inconvenientes en parte debido al caos de gobernabilidad de este país traducido en anarquía regional y de otro lado el "chauvinismo" trasnochado de quienes buscan la independencia en la mediocridad del subdesarrollo, no obstante lo anterior, la inversión extranjera se ha fortalecido a tal punto que es posible considerarla desde dos aspectos, en primer lugar la inversión extranjera productiva y en segundo lugar la inversión extranjera de portafolio.

El primer aspecto se refiere al flujo de capital de un conjunto de inversionistas foráneos, cuyo propósito es el de obtener un beneficio en algunos de los sectores económicos del país, como bien lo sería la adquisición de una empresa o la creación de una compañía productora de bienes acabados.

El segundo aspecto se considera como "Vehículos jurídicos mediante los cuales se canalizan y administran recursos de uno o más sujetos económicos para la realización de inversiones"¹. En otras palabras se trata de un patrimonio organizado con recursos aportados por una persona o más entidades, o personas naturales o jurídicas extranjeras, con el ánimo de realizar inversiones en el mercado público de valores, al través de la regulación normativa vigente para la materia.

En este orden de ideas, conforme al profesor Varón Palomino, existen cuatro elementos integrantes de los portafolios de inversión:

- a. "Uno o más sujetos económicos interesados en la obtención de rentabilidad mediante la realización de inversiones, pueden ser personas naturales, entidades públicas o privadas de cualquier clase.
- b. "Un conjunto de recursos, usualmente sumas de dinero, específicamente asignados a la adquisición y negociación de bienes con un propósito socio-económico particular.
- c. "Un instrumento jurídico que define las relaciones entre los sujetos económicos y facilita la aglutinación y manejo de los anteriores recursos.
- d. "Un administrador que opera bajo un esquema determinado de administración, siendo ésta directa o indirecta -delegada-".²

2. CLASES DE PORTAFOLIOS DE INVERSION

Los portafolios de inversión pueden dividirse en portafolios de inversión individual y portafolios de inversión colectiva.

2.1 PORTAFOLIOS DE INVERSION INDIVIDUAL

Los primeros recursos consisten en los agentes de la economía que entregan bienes y recursos a un sujeto institucional verbo y gracia, una sociedad fiduciaria

¹ VARON PALOMINO, Juan Carlos. Portafolios de Inversión, La Norma y el Negocio. Universidad de los Andes, 1994. p. 3.

² Ibidem.

ria o sociedad comisionista de bolsa, para ser colocados en inversiones con el fin de lograr determinados objetivos económicos.

En Estados Unidos esta figura se canaliza en el contrato de mandato (agency) y el "trust", figuras jurídicas que sirven de soporte para el ofrecimiento de servicios como son "management agency account" y "personal investment trust".

Allí el agente es discrecional en la toma de decisiones de inversión con base en su criterio profesional, además del estudio de valores de inversión, informes anuales y su presentación, pago de obligaciones y reestructuración de portafolio.

También opera "Individual Retirement Accounts" (IIAS), que son cuentas de retiro voluntarias e individuales por medio de las cuales las personas pueden destinar parte de sus ingresos para la conformación de un portafolio de inversiones, a ser administrado por un operador del mercado financiero.³

En Colombia este tipo de mercado se puede realizar por intermedio de contratos de fideicomiso de inversión individual de las sociedades fiduciarias.

2.2 PORTAFOLIOS DE INVERSION COLECTIVA

En esta modalidad los operadores asumen recursos individuales de infinidad de sujetos económicos que luego invierten colectivamente. Existe gran variedad de esta modalidad de portafolio como lo son los fondos o compañías de inversión y los fondos comunes fiduciarios y los fondos de seguridad social entre los cuales destacan los fondos de pensiones y los fondos de cesantías.

Por razones de extensión, además por tratarse de asuntos eminentemente financieros, el presente trabajo desarrolla a título ilustrativo lo relativo a las compañías o fondos de inversión extranjera en Colombia.

3. COMPAÑIAS O FONDOS DE INVERSION EXTRANJERA EN COLOMBIA

3.1 CONCEPTO

Son vehículos de inversión constituidos por recursos obtenidos del público y

³ Ibid. p. 8.

manejados por administradores profesionales. Ofrecen a los inversionistas la diversificación de recursos, simultáneamente permiten la acumulación de los mismos para la posterior inversión, en esta forma alcanzan un proceso de retroalimentación "feedback", sus inversiones a menudo las conforman activos inmobiliarios de renta fija o variable emitidos por entes públicos o privados a mediano y largo plazo, y renta variable a largo plazo consistente en acciones y bonos.

El vínculo entre el suscriptor y el fondo se materializa con títulos conocidos como "Certificados de Inversión", los cuales son prueba de la adquisición de los recursos, y representan los derechos del suscriptor. Documentos que emite la sociedad administradora de la inversión, constituido por un contrato de mandato comercial sin representación, accesorio al fondo de inversión, en virtud del cual éste se obliga a ejecutar en nombre propio, pero por cuenta del suscriptor todas las operaciones relativas a la administración y manejo de los dineros por medio del fondo de inversión, ya sea a plazo fijo o con una duración indeterminada, según lo señala el artículo 15 del decreto 384 de 1980.

3.2 DERECHOS DE LOS SUSCRIPTORES DEL FONDO DE INVERSION

3.2.1 Participar en los rendimientos generados por el fondo de inversión, según el número de certificados de inversión que posea.

3.2.2 Redimir los certificados de inversión.

3.2.3 Negociar los certificados de inversión.

3.3 OBLIGACIONES DE LOS SUSCRIPTORES DEL FONDO DE INVERSION.

3.3.1 Cumplir los requisitos exigidos para redimir los certificados de inversión.

3.3.2 Acatar los Topes de interés de un suscriptor en un fondo.

3.4 DERECHOS DE LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO DE INVERSION.

3.4.1 Recibir la remuneración pactada en su favor.

3.4.2 Ejercer las facultades señaladas en el reglamento del fondo.

3.5 OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO DE INVERSION

Son las señaladas en la ley, en el reglamento y en los contratos, pero el profesor Varón Palomino destaca:

3.5.1 La administración profesional, la diversificación del riesgo, es decir tiene un deber de gestión, por tanto es una obligación de medio y no de resultado.

3.5.2 Atender las solicitudes de redención de los certificados de inversión dentro de los diez días siguientes a su presentación.

3.6 DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES EN LOS ESTADOS UNIDOS

En los Estados Unidos se aplica en este sentido "Las reglas de prudencia", por tanto no hay normas que se constituyan camisa de fuerza para la gestión de los administradores, existe una relativa libertad de acción que permite una mayor movilidad de operadores, lo cual garantiza una mayor variedad de ofertas de inversión en beneficio del suscriptor.

No obstante lo anterior los deberes de los administradores conducen a la prudencia en la señalización de políticas, realización de inversiones, investigación de mercados, asesoría profesional, entre otros, esto es el desarrollo de la "Teoría del Escudo" (Shingle Theory), en virtud de la cual el administrador por el hecho de anunciarse como tal, se constituye en responsable ante terceros, según Investment Company Act de 1940 que autoriza a la "Securities and Exchange Commission" encargada de la vigilancia y regulación del mercado de valores, para iniciar acciones contra el administrador de un fondo por faltar a sus deberes fiduciarios.

4. EL MARCO JURIDICO DE LOS FONDOS DE INVERSION EN COLOMBIA Y SU REFERENCIA CON LOS ESTADOS UNIDOS

En Colombia las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo y aprovechamiento de recursos captados del público, sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado por mandato constitucional con base en el artículo 355 de la Constitución Nacional, de allí deriva el

estatuto orgánico del sistema financiero, y el estatuto orgánico del mercado de valores, que son los nortes del derecho financiero.

En los Estados Unidos la "Investment Act" de 1940 creó los conceptos de "Mutual Fund" y "Open-end Investment Company", señala la emisión de títulos, que representan obligaciones dinerarias a cargo del emisor, siendo pagaderos en fechas ciertas, y exigibles con no menos de 24 meses de plazo a partir de su fecha de emisión.

En Colombia, además del artículo 355 de la Constitución Nacional, se señalan los artículos 333, 334 y 335.

Los decretos 384 de 1980 y 2.515 de 1987 hoy día incorporados al Estatuto Orgánico de Mercados de Valores, recogieron la figura de las sociedades administradoras de inversión implantadas en Colombia originalmente por el decreto 2.368 de 1960, como elementos dinamizadores del mercado de capitales.

Simultáneamente a la Constitución Nacional de 1991 se expidieron entre otras las siguientes normas:

- Ley 09 de 1991 que concede al Presidente de la República, la facultad de reglamentar la inversión extranjera en Colombia.
- Resolución 51 de 1991, establece el régimen de inversión extranjera directa, indirecta y de portafolio.
- Resolución 51 de 1992, establece límites a las inversiones extranjeras de portafolio y las condiciones de principio de igualdad en el trato.
- Resolución 53 de 1992, autoriza y reglamenta los Fondos Omnibus.
- Decreto 2.348 de 1993, presenta ajustes a los límites y topes de las inversiones hechas por extranjeros en Colombia.
- Resolución 400 de 1995, mantiene algunas restricciones a los Fondos de Capital Extranjero en lo referente a la venta de una importante cantidad de acciones de la misma compañía.
- Decreto 1.295 de 1996, define de una manera más clara y concisa los términos de lo que es inversión extranjera e inversión portafolio, disminuye los requisi-

tos para el ingreso de nuevos fondos y amplía las posibilidades de inversión para extranjeros no residentes en Colombia.

- Igualmente son aplicables los artículos 1.262 - 1.286 del Código de Comercio y 2.142 - 2.199 en lo referente al mandato, 1.273 del Código de Comercio para los deberes de custodia y 648 - 650 y 888 del Código de Comercio para la negociabilidad de los Certificados de Inversión.

5. CLASES DE FONDOS DE INVERSION EN COLOMBIA

En Colombia existen los siguientes tipos de fondos de inversión.

5.1 FONDOS INSTITUCIONALES

Son fondos cuyos recursos provienen de colocaciones privadas o públicas o unidades de participación de inversión y su objeto principal es realizar inversiones en uno o varios mercados del mundo.

5.2 FONDOS INIVIDUALES

Son aquellos fondos constituidos por personas naturales o jurídicas, cuyo objeto principal no es de invertir en el mercado de capitales, sino destinado a invertir en bolsas de valores, por razones de excedentes de tesorería.

5.3 FONDOS OMNIBUS

Son fondos institucionales organizados en la modalidad de cuentas colectivas sin participación proindiviso sobre el patrimonio de los inversionistas institucionales, administradoras por intermediarios internacionales.

5.4 FONDOS SUBCUENTAS

Son fondos institucionales organizados bajo la modalidad ómnibus con el propósito de invertir en el mercado de capitales colombianos, sin que para ello sea necesario autorización previa de la Superintendencia de Valores.

6. TITULOS DE COLOCACION DE LOS FONDOS DE INVERSION

Los fondos de inversión deben colocar sus recursos en los siguientes títulos y porcentajes, siempre que ellos se encuentren inscritos en bolsas de valores, y mediante operaciones realizadas por medio de bolsas.

- En acciones y bonos de sociedades anónimas nacionales, no menos del 55% del activo del fondo.
- En valores emitidos por la Nación, departamentos, municipios, el Banco de la República o el Fondo Nacional del Café, un monto no superior al 25% del activo total del fondo.
- En cédulas hipotecarias, no más del 10% del activototal del fondo.
- Otros títulos que autorice la Superintendencia de Valores.

Cabe destacar que los valores del Fondo de Inversión deben depositarse en custodia de un banco o cualquiera otra entidad autorizada para recibir depósito de valores, y en todo caso como regla de diversificación los fondos de inversión no pueden invertir más del 10% de su activo en valores emitidos por una sola sociedad, regla que no cobija las inversiones realizadas en títulos emitidos por la Nación, Banco de la República, los departamentos, los municipios y el Fondo Nacional del Café.⁴

7. CONCLUSION

Los Fondos de Inversión de Capital Extranjero toman importancia en nuestro país desde 1991, a partir del cual se da vía libre a la inversión extranjera en Colombia con las primeras iniciativas legislativas.

Los Fondos de Inversión de Capital Extranjero poseen un portafolio bastante diversificado, ya que actúan tanto en mercados de capitales desarrollados como emergentes, lo que implica buena rentabilidad, y en consecuencia la llegada de flujos de capital.

A pesar de la situación del país, el crecimiento de este tipo de fondos es del 20%

⁴ Ibid. P. 139.

anual, al igual que el flujo de capitales provenientes de inversión extranjera, hay retos importantes, uno de ellos lo constituye la necesidad de flexibilizar algunas normas que regulan la inversión extranjera, otro no menos significativo es la creación de instrumentos legislativos que señalen procedimientos tendientes a armoniar el flujo de capitales e inversión entre los países miembros del otrora Pacto Andino, hoy día Comunidad Andina de Naciones, con una visión más global pensar en el Subcontinente Comercial Americano, estrechar vínculos con CARICOM, NAFTA, La Cuenca Asia - Pacífico y la Unión Económica, obviamente.

A continuación, y a manera de colofón, se incluye un cuadro estadístico de la Superintendencia de Valores en el cual se aprecia el crecimiento de los Fondos de Inversión Extranjera en nuestro país durante los últimos cuatro años.

Fecha	FONDOS PROGRAMAS ADRS		FONDOS INSTITUCIONALES		TOTAL PORTAFOLIO	
	FONDOS	FONDOS \$MILL.	FONDOS	FONDOS \$MILL.	FONDOS	FONDOS \$MILL.
Dic.93	4	84.791	60	110.095	64	194.896
Dic.94	14	423.391	94	236.256	108	659.647
Dic.95	15	483.455	136	356.429	151	847.787
Dic.96	15	494.245	165	601.256	180	1.095.501

Fuente: Revista El Pregón, abril de 1997, No. 135, p. 7.
Bolsa de Medellín.

BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ CORREA, Eduardo. Contratos Bancarios. Universidad de los Andes, Santa Fe de Bogotá, 1990.

MARTINEZ NEIRA, Néstor Humberto. Intervención del Estado en el Mercado Público de Valores, Bogotá, Editorial Temis, 1980.

ORTIZ HOYOS, Juan Diego. "Inversión Extrajera en Colombia". Revista El Pregón, Bolsa de Medellín, abril de 1997, No. 135, p. 7.

PALMITER, Alan R. "Deberes Fiduciarios de Administradores de Empresas en

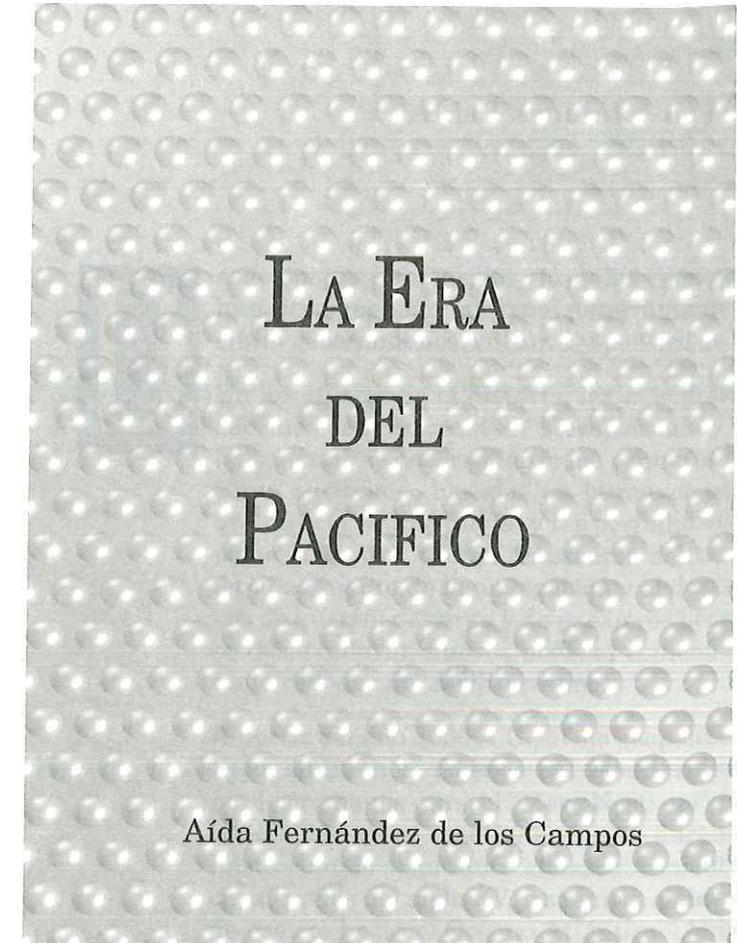
los Estados Unidos", Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, Bogotá, Colombia, Universidad de los Andes, p. 55-89. (Fotocopias).

REVISTA CLASE EMPRESARIAL, "¿Se frenó la Reversión?", marzo de 1997, No. 45, p. 44.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA, El Sector Financiero 1980 - 1990, Bogotá, 1990.

SUPERINTENDENCIA DE VALORES, Síntesis Estadística Mensual, diciembre de 1996.

VARON PALOMINO, Juan Carlos, Portafolios de Inversión, Santa Fe de Bogotá D.C., Universidad de los Andes, Asociación de Fiduciarias, 1994.



LA ERA DEL PACIFICO

Aída Fernández de los Campos

LA ERA DEL PACIFICO

Aída Fernández de los Campos

Desde épocas remotas, los ríos y las cuencas marítimas han desempeñado un papel determinante en el desarrollo geoeconómico, cultural y político de los pueblos.

En los albores de la historia, las más prósperas civilizaciones se asentaron en Mesopotamia y el Valle del Nilo, donde se desarrollaron las primeras grandes culturas agrícolas, basadas en la mayor productividad que ofrecía el limo fluvial y las posibilidades del transporte eficiente. Con el transcurso del tiempo, el perfeccionamiento de la navegación y el desarrollo de naves de guerra, de carga y de pasajeros permitieron que se desarrollaran nuevos poderes comerciales y políticos alrededor del Mediterráneo.

A partir del año 2000 A.C., el eje geopolítico del planeta se sitúa en la Cuenca del Mediterráneo, definido por los romanos como el "Mare Nostrum". La era de la citada Cuenca se mantiene vigente durante 35 siglos, hasta cuando se produce el descubrimiento de América, a finales del siglo XV, y se inicia el desplazamiento de ese eje hacia el Océano Atlántico. Alrededor de la Cuenca del Atlántico se impulsan la revolución industrial y el intercambio comercial entre productores de materias primas y fabricantes de bienes industriales. El apogeo económico de esta Cuenca se produce

en la primera mitad del Siglo XX. Durante este período el ritmo de cambio de la historia se acelera. Se producen los principales avances tecnológicos que caracterizan el presente siglo. La energía eléctrica, el automóvil, el avión, la TV, la química, la petroquímica y la energía mueven al mundo y a su comercio, mientras que las guerras muestran una capacidad de destrucción que excede los límites de la imaginación. Estados Unidos ejerce el papel protagónico, cuyo poderío militar, financiero, mercantil y político se consolidan después de la Segunda Guerra Mundial, cuando el mundo se bipolariza y se enfrentan por más de casi cuarenta años los Estados Unidos con la Ex-Unión Soviética, durante la llamada Guerra Fría. En este período, comienzan a surgir nuevos protagonistas en el proceso económico. Un grupo de países pequeños, ribereños del extremo asiático de la Cuenca del Pacífico, sin recursos naturales, sobrepoblados y arrasados por la Segunda Guerra Mundial, sin trayectoria económica o tecnológica, desafían a Estados Unidos y a Europa para lograr el predominio económico y comercial.

Actualmente, culminada la Guerra Fría, momento en que el mundo asiste a la consolidación del sistema global de fin de siglo, a la multiplicación de los actores mundiales, Estados, empresas transnacionales, organismos multilaterales, organizaciones no gubernamentales, diversos grupos de interés y de individuos con capacidad de actuación transfronteriza, la Cuenca del Pacífico se posiciona como una de las regiones más prósperas y dinámicas del siglo XXI.

La noción de Cuenca del Pacífico comprende una variedad de tipo regional y de vasto contenido de desarrollo económico, político, militar, social y cultural.

Geográficamente corresponde a los países que tienen como denominador común el estar situados sobre el mismo océano. No obstante, el eje de su existencia es el importante proceso de interrelación, interdependencia y cooperación económica y comercial existente entre los países ribereños del Pacífico, generando la conformación de una región dinámica y crecientemente abierta.

De acuerdo con la ubicación geográfica, se pueden distinguir en la Cuenca del Pacífico varias subregiones: el Pacífico Occidental, conformado por Estados Unidos, Canadá, México, seis de los siete países centroamericanos, Colombia, Ecuador, Perú y Chile; sobre el Pacífico Oriental; en el Pacífico asiático se encuentran: la Federación Rusa, Japón, Corea del Sur, Corea del Norte, China, Taiwan, Hong Kong, Vietnam, Cambodia, Brunei, Filipinas, Indonesia, Malasia, Tailandia y Singapur; y en el Pacífico Sur se encuentran Australia, Nueva Zelanda y los numerosos y pequeños Estados Insulares del Pacífico, siendo los de Melanesia, Papua, Nueva Guinea y Fidji los más poblados dentro de estos últimos.

Los países de la Cuenca del Pacífico concentran hoy más del 50% de la población

mundial, constituyéndose en el más grande potencial de demanda y consumo del planeta. La Cuenca controla más del 60% del producto mundial de bienes y servicios. Por medio de ella se realiza más del 60% del comercio mundial. La tecnología se ha convertido en la connotación principal de esta área por el aporte no sólo de Estados Unidos, sino también de Japón, Taiwan, Corea y Singapur, generadores de alta tecnología microelectrónica, robótica, informática, biotecnología y química fina. Las inversiones productivas en industria crecen en algunos de estos países, a tasas del 20% anual, permitiendo nuevos modelos de industrialización acelerada.

COOPERACION E INTEGRACION EN LA CUENCA DEL PACIFICO

El crecimiento y la integración económica en la Cuenca del Pacífico han tenido lugar sin el apoyo institucional de organizaciones formales como las existentes en Europa o al interior de los miembros de la OCDE (Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo).

Los países del Asia Pacífico han ejercido una integración dinámica, eminentemente comercial y con una constante participación del sector privado.

Los orígenes del concepto de una comunidad económica que abarque una gran parte de la Cuenca del Pacífico se remontan a los años sesenta, como un reflejo de la preocupación generada por la formación de la Comunidad Europea. Japón sugirió inicialmente la creación del Area de Libre Comercio del Pacífico, PAFTA, la cual incluiría a Australia, Canadá, Estados Unidos, Japón y Nueva Zelanda, los cinco países industrializados del Pacífico en ese momento. Sin embargo, esta propuesta no se materializó en parte debido a las posibles sospechas de que Japón quisiera recuperar su hegemonía en Asia Oriental. Asimismo, las naciones menos industrializadas temieron los efectos negativos de un acuerdo de esta naturaleza.

En 1967 se estableció el Consejo Económico de la Cuenca del Pacífico, PBEC, integrado por grupos empresariales de varios países de la Cuenca, cuyo propósito ha sido, desde un principio, estimular la iniciativa privada a fin de constituir una comunidad económica panpacífica.

En la actualidad integran el PBEC: Estados Unidos, Japón, Australia, Canadá y Nueva Zelanda, Corea del Sur, Taiwan, Chile, México, Hong Kong, Perú, Malasia, Fidji, Filipinas, Colombia, la República Popular China, Rusia, Tailandia e Indonesia. En 1996, Ecuador se convirtió en miembro solicitante y Singapur

formuló su solicitud de ingreso.

Más tarde, en 1980 se creó la Conferencia de Cooperación Económica del Pacífico, PECC, que a partir de 1992 pasó a llamarse Consejo de Cooperación Económica del Pacífico, y cuya estructura comprende tres niveles fundamentales:

- Una conferencia con participación tripartita de los sectores gubernamental, privado y académico de cada país miembro.
- Un Comité permanente compuesto por personalidades activas en la idea transpacífica y que orienta el rumbo de los trabajos de consulta.
- Los Foros, Task Forces y Grupos de Trabajo, encargados de estudiar y adelantar proyectos sobre temas específicos de cooperación que interesan a los países miembros. Estos grupos organizan seminarios y talleres, dirigen estudios y publican sus conclusiones y recomendaciones para beneficio de la Comunidad Pacífica.

El PECC reúne 22 comités nacionales que representan las economías Australia, Brunei, Canadá, Corea del Sur, Chile, China, Estados Unidos, Filipinas, Hong Kong, Indonesia, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Rusia, Singapur, Tailandia, Taipei Chino, las Naciones Isleñas del Pacífico, y Colombia. Desde 1995, Vietnam es también miembro pleno.

Además, el PECC congrega a representantes de otras organizaciones internacionales y regionales con injerencia en la región del Asia Pacífico como el Consejo Económico de la Cuenca del Pacífico, PBEC, y la Conferencia de Comercio y Desarrollo del Pacífico, PA FTAD.

Este mecanismo de cooperación innovador y pragmático, materializa una estrategia dinámica entre los países del Pacífico que refleja el esfuerzo colectivo para plantear los temas de cooperación económica transpacífica.

Por último, se debe mencionar al Foro de Cooperación Económica del Asia Pacífico, APEC, creado en Seúl en 1989, que basado en una filosofía de regionalismo abierto, se constituye en un mecanismo informal de diálogo y consulta sobre temas económicos y comerciales concernientes a las diversas economías de la región. Propende por un comercio libre y generalizado, sin distorsiones o discriminaciones y beneficios para toda la comunidad. Integran el APEC: Australia, Brunei, Canadá, Corea del Sur, Estados Unidos, Filipinas, Indonesia, Japón, Malasia, Nueva Zelanda, Singapur, Tailandia, la República Popular China, Hong Kong, Taipei Chino (Taiwán), México, Papua Nueva Guinea y Chile.

MECANISMOS SUBREGIONALES DE INTEGRACION

Además de estas tres organizaciones, existen acuerdos y grupos intergubernamentales formales subregionales que promueven la integración política, social y económica.

La Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico, ESCAP, con sede en Bangkok, es la agencia de las Naciones Unidas para el desarrollo socioeconómico de Asia y el pacífico. El Banco Asiático de Desarrollo, con sede en Manila, canaliza recursos para el desarrollo en esa misma región.

ASEAN es la organización con más tradición y consolidación en la Cuenca. Recientemente acordó constituir un área de libre comercio, AFTA, con un programa de desmonte arancelario gradual a quince años.

Los países del Pacífico Sur participan en el Foro del Pacífico Sur, SPF, en la Comisión del Pacífico Sur, SPC, en el Grupo del Pacífico Sur para la Cooperación Económica, SPEC, y en otras organizaciones y acuerdos de variada índole.

El tratado Anzus regula la cooperación en materia de seguridad entre Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda. Estos dos últimos tienen un acuerdo para estrechar vínculos económicos y comerciales (Anzerta).

Estados Unidos, por su parte, suscribió el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), con Canadá y México, cuya vigencia se inició el primero de enero de 1994.

América Central intenta revivir el Mercado Común Centroamericano y los cuatro países de América del Sur con litoral en el Pacífico se agrupan en la Comisión Permanente del Pacífico Sur, CPPS, como frente común para el logro de aspiraciones de espacios marítimos ampliados y como foro de cooperación en asuntos del mar. Por su parte, Colombia y Ecuador forman parte del Grupo Andino, y Colombia y México, del Grupo de los Tres.

COLOMBIA EN LOS ORGANISMOS MULTILATERALES DE COOPERACION EN EL PACIFICO

Durante la administración del Presidente Virgilio Barco, se consideró como una de las prioridades de la política exterior colombiana, la aproximación y el conocimiento del Pacífico y el fortalecimiento de las relaciones con los países de la Cuenca. En 1987, se creó el Consejo Colombiano de Cooperación en el Pacífico,

COLPECC, y se inicio al proceso de ingreso de Colombia a los foros internacionales de cooperación en la región, como observador del PECC y del PBEC.

Posteriormente, durante el gobierno del Presidente Cesar Gaviria, se consolidó la participación de Colombia en estos foros multilaterales, ingresando como miembro pleno de PECC en marzo de 1994 y del PBEC, en mayo del mismo año.

A partir de 1993, la Cancillería Colombiana inició el proceso de ingreso de Colombia al APEC, y ha continuado apoyando las actividades de cooperación que se enmarcan dentro del CPPS. (Comisión Permanente del Pacífico Sur).

El Consejo Colombiano de Cooperación en el Pacífico. COLPECC.

Creado mediante decreto 1410 del 28 de julio de 1987, como Consejo Asesor del Gobierno Nacional, adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores, el Consejo fue modificado por el decreto 1373 de 1992, en el cual se estableció su estructura tripartita (gobierno - empresa - academia), ampliando las áreas del trabajo y como cuerpo paralelo al PECC.

Objetivos principales:

- Estudiar y recomendar canales de comunicación con los países y organismos internacionales que actúan en la región.
- Proponer mecanismos de cooperación técnica y científica que tiendan a desarrollar el Litoral Pacífico Colombiano.
- Asesorar al Gobierno nacional en la adopción de los planes y programas Pan Pacíficos.
- Evaluar el desarrollo de los planes, programas o proyectos que promueva el Consejo de Cooperación.
- Orientar la capacidad nacional hacia el conocimiento de los países de la Cuenca del pacífico y sus recursos económicos, empresariales, técnicos, científicos y gubernamentales, con el fin de promover el intercambio, la integración y el desarrollo armónico del país.

- Identificar y promover la ejecución de programas comerciales con los países ribereños de la Cuenca del Pacífico.

El mecanismo interinstitucional de articulación de las entidades que trabajan en el Pacífico

El 13 de diciembre de 1994, se creó este Mecanismo, con el fin de coordinar las acciones de las distintas instituciones colombianas que se relacionan política, económica, comercial y académicamente con los países de la Cuenca del Pacífico.

El Ministerio de Comercio Exterior es el encargado de dirigir, vigilar y ejecutar política de comercio exterior colombiana, y se identifica como la parte gubernamental, encargada de las relaciones comerciales con los demás países.

Proexport se encarga de promocionar y apoyar las exportaciones colombianas.

Coinvertir promociona las inversiones en Colombia y también organiza visitas al país.

El Corpes y la Gobernación del valle, el Plan Pacífico y Biopacífico son entidades nacionales que actúan dentro del territorio nacional pero que inciden en la inserción de Colombia en el Pacífico, porque son las encargadas de orientar el desarrollo económico, humano y medio ambiental de la región colombiana ribereña del Pacífico.

Y, las universidades, también presentes en el Mecanismo, actúan dinámicamente en la interacción académica y cultural con las diversas sociedades del Pacífico mediante el intercambio de alumnos y de la organización de seminarios y talleres especializados.

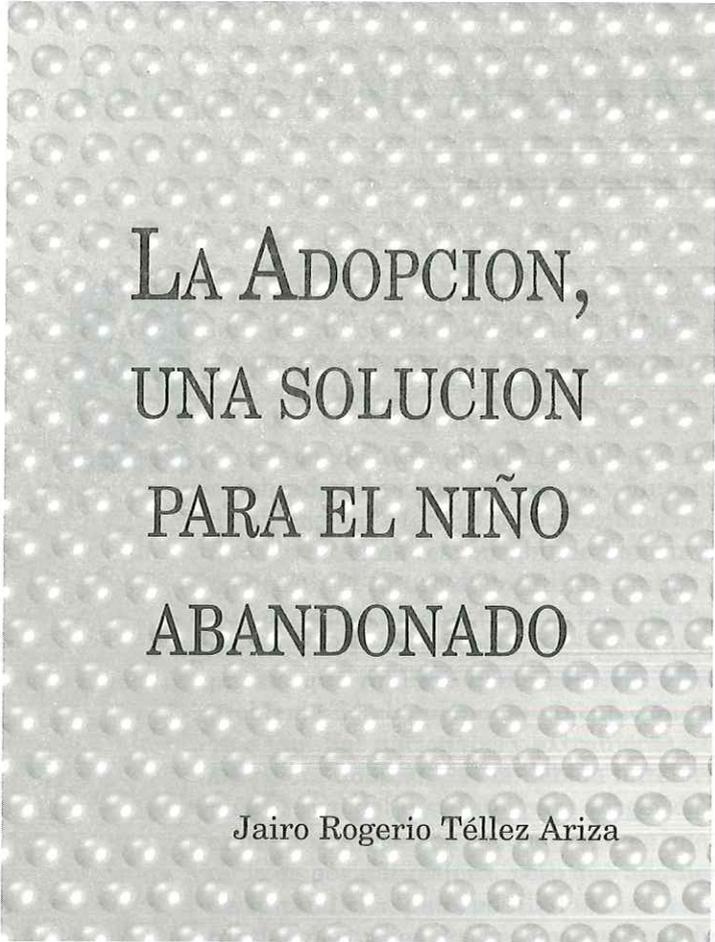
De esta forma, Colombia se prepara para lograr consolidar su inserción en la Cuenca del Pacífico, eje del siglo XXI, con dinamismo y constancia, buscando permanentemente un mayor conocimiento y acercamiento a su más cercano occidente, para lo cual es imprescindible la labor conjunta del gobierno, empresa privada y academia.

BIBLIOGRAFIA

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Asia y Oceanía Hoy. Santafé de Bogotá. Imprenta Nacional de Colombia, 1993

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Documentos de Política Exterior Colombiana I. Santafé de Bogotá. Tercer Mundo Editores, 1995.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Estrategia de Colombia en el Pacífico. Santafé de Bogotá I. Presencia, S.A. 1996.



LA ADOPCION,
UNA SOLUCION
PARA EL NIÑO
ABANDONADO

Jairo Rogerio Téllez Ariza

LA ADOPCION, UNA SOLUCION PARA EL NIÑO ABANDONADO

Jairo Rogerio Téllez Ariza



bandera el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por mandato del legislador, el bien conocido Programa de Adopciones a nivel nacional y en sus relaciones de carácter internacional.

Corresponde dicha función pública, a la mas ingente y delicada tarea que organismo y funcionario colegiado alguno haya tenido la oportunidad de desempeñar, dada la altísima responsabilidad que implica el deber de decidir el futuro de los niños y niñas Colombianos que por diferentes motivos se han quedado sin hogar, mediante la construcción, casi científica, de una propuesta que conlleva como solución alternativa a su problema de abandono, la vinculación filial y selectiva a familias nacionales y extranjeras aspirantes a la adopción, quienes con la debida antelación han recibido el aval del Instituto, para acoger de por vida y de manera irrevocable en su hogar como hijo suyo a quien no lo es por naturaleza, pero que adquiere, en virtud de su condición paterno filial todos los derechos y garantías derivados de tan novedosa condición, gracias a la ley que señala a esta figura como *el vínculo de parentesco civil o por adopción*. (1)

El proceso de preparación para ser padres, en sus etapas previa y posterior a la definitiva de aprobación y selección; tiene lugar en dos escenarios bien diferentes a saber: en el propio entorno de la intimidad de los hogares de las familias, en lo personal, y de manera abierta, con la asistencia de los equipos técnicos competentes, en lo institucional, todo esto en función del inicio de una nueva vida; para las familias y los niños, integración *sui generis*, en la cual acontece, por obra y gracia de la intervención del Estado, ni más ni menos que un renacer de ilusiones ciertas para todos ellos; adoptantes y adoptados, en un proceso sincrónico de aprendizaje de naturaleza circular de la familia, en lo que Humberto Maturana denomina *Tautología cognositiva*; Los niños para los padres y estos para los niños. (2)

La adopción,- considerada por la Jurisprudencia nacional como la medida suprema de protección de los niños y niñas carentes de familia y de oportunidades en la vida para su desarrollo normal al igual que otros seres humanos de idéntica condición ante los ojos de Dios-, encuentra por fin un sólido soporte en nuestra Carta Política en el Artículo 44, el cual es del siguiente tenor : "Son derechos fundamentales de los niños : la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquiera persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".

Así mismo, en la Sección Quinta del Capítulo Cuarto del Título Segundo, Artículos 88 y siguientes del Código del Menor, encontramos la regulación legal de esta figura de la adopción que, a pesar de constituirse hoy en instrumento supranacional de protección a la familia como institución básica de toda organización social, universalmente aceptada como tal, en no pocas ocasiones, continúa suscitando las controversias más inverosímiles, en la mayoría de las veces por no conocer los propósitos altruistas y solidarios que le caracterizan y en otras, por la

peregrina defensa de supuestos "intereses patrióticos"-, signados, casi siempre, en paradigmas obsoletos para referirse a ella con expresiones impropias de tinte comercialista como la de "exportación de niños", sin consultar para nada la realidad miserable de la Colombia infante, proveedora de gran factura de niños y niñas víctimas inocentes de la irresponsabilidad paternal, familiar y social, todas a una, como en fuenteovejuna, revertidas en últimas sobre el Estado inerme. Es como lo escribo, el descarnado panorama que infortunadamente muchos Compatriotas, legos y letrados, se niegan a ver de cerca, o como en el caso del más reciente eclipse solar que ocasionó tanta expectación de un solo día, se opta por esquivar la mirada a la incandescente realidad, so pretexto de perder el sentido de la vista, aunque la oscuridad interior continúe invadiendo el propio espíritu del observador.-

Y es que *la adopción* no nos la inventamos los Colombianos. Para reafirmar el concepto, es oportuno que examinemos, aunque sea someramente, algunos rasgos distintivos de su evolución cultural inmersa en el acontecer histórico: "En breve referencia a sus orígenes, según el tratadista BELLUSCIO (3), éstos deben hallarse en las prácticas religiosas de los pueblos antiguos. Una hipótesis bastante fundada considera que se originó en la *indica*, en reemplazo del *levirato*, institución según la cual la mujer viuda sin hijos debía unirse sexualmente al hermano o al pariente más próximo del marido, y se consideraba al así engendrado como hijo del extinto, lo que permitía la continuación del culto doméstico-hasta cuando la evolución de las costumbres hizo mirar con repugnancia tal procedimiento-.

En el derecho romano se conocieron dos instituciones de adopción: *la arrogación (adrogatio)*, que era la adopción de un *sui iuris*, e implicaba la incorporación a la familia del adoptante, tanto del adoptado como de las personas sometidas a su potestad, así como la transferencia de su patrimonio al del adoptante; y *la adopción (adoptio)* que era - en cambio- la de un *alieni iuris*, que salía así de su familia de sangre y de la potestad de su paterfamilias para ingresar en la del adoptante." (4)

En muy reciente acontecimiento- para el derecho internacional público de la familia-, más de un centenar de países de todo el orbe, suscribieron el 29 de mayo de 1993, en la ciudad de *La Haya*, un convenio o *convención relativo a la Protección del niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*.

Hoy día, muchos de los participantes del magno certamen mundial, han incorporado a su Derecho Interno el texto del acuerdo compromisorio de La Haya. Para el caso Colombiano, el Congreso Nacional expidió *la Ley 265 del 25 de Enero de*

1996, por la cual se aprueba y pone en vigencia tan importante instrumento legal.

Ahora bien, en cuanto al tratamiento jurídico de la adopción en Colombia, dicha figura, junto con la filiación legítima y la extramatrimonial, enlistan las tres fuentes de la filiación que, como bien se sabe, *es el vínculo jurídico-familiar establecido para unir y comprometer recíprocamente a padres e hijos, en función de los derechos y deberes familiares derivados de su condición (4)*, conforme quedó regulado expresamente por la Ley 29 de 1982, en referencia a la igualdad patrimonial establecida para las tres modalidades de hijos de familia.

A su turno, *la filiación* deviene de la constitución y conformación de *la familia*, en nuestro medio socio-cultural, con origen en vínculos naturales o jurídicos y elevada a rango Constitucional por el Artículo 42 de la Carta Política.

El proceso de adopción en Colombia es entonces de *naturaleza mixta* cuyas etapas educativas comparten fraternalmente- de cara al noble propósito- la administración pública y la jurisdicción de familia; *de carácter formalista* y desde luego, *solemne* por naturaleza, en virtud de los precisos requisitos obligatorios que se deben llenar y de los rituales de estirpe procesal a que esta sometido el procedimiento. Veamos cómo opera en la práctica el asunto.

Intervienen en sentido protagónico en los trámites de la investigación y posterior declaración motivada de estado de los niños adoptables- como es obvio, con observancia de todas las garantías Constitucionales y legales en donde se conjugan elementos fácticos de carácter probatorio y fundamentos sustanciales de motivación, los abogados *Defensores de Familia* del ICBF y los *equipos interdisciplinarios* que los asesoran en sus decisiones, los cuales se integran por un selecto grupo de profesionales de las ciencias médicas, Psicología, Trabajo Social y Nutrición. También participan estos mismos funcionarios durante el desarrollo del procedimiento técnico inicial de selección de las familias aspirantes a la adopción, quienes, una vez candidatizadas las parejas, o la persona sola, junto con los niños declarados aptos para ser adoptados, se someten los unos y los otros, a la consideración y eventual aprobación o no, de los Comités Regionales de Adopción del Instituto, organismo interno que tiene finalmente la responsabilidad colegiada y compartida, como en principio lo decíamos, de decidir sobre la eventual asignación de los niños a las familias en turno, luego de una sesión de riguroso análisis de los antecedentes y características de similitud como de conveniencia para los intereses superiores del menor, selección y aprobación en la cual los Colombianos tienen opción prevalente, en frente de las propuestas de

familias extranjeras previamente aprobadas por la División Nacional de Adopciones del ICBF.

Por otra parte, los aspirantes extranjeros, además de cumplir con todos los requisitos de forma como de fondo que les exigen en su país de origen para acceder a la adopción de menores en el exterior, mediante la acreditación documental idónea, se sabe a ciencia cierta que dichas familias, por regla general, están muy bien preparadas y de suyo proceden de naciones a las cuales nos unen fuertes lazos de hermandad y solidaridad, como es el caso de Francia, Italia, Alemania, Holanda, Noruega, Dinamarca y Estados Unidos, para nombrar solo algunos países y por supuesto España, con quien opera curiosamente el mecanismo denominado por la doctrina, *nacionalización automática*, el cual consiste en que el niño o los niños Colombianos se convierten en nacionales Españoles, en el caso de menores compatriotas nuestros, que sean adoptados por ciudadanos procedentes de ese país ibérico, inmediatamente se produce la sentencia por Juez de Familia Colombiano que así lo determine.

Después de cumplir los trámites administrativos de rigor- que en otras latitudes del mundo serían suficientes para consolidar jurídicamente el vínculo filial de la adopción-, en Colombia, es preciso además, adelantar un *proceso judicial*, por medio de abogado particular, que deberá iniciar y esperar hasta su culminación la misma familia adoptante con su hijo asignado, proceso especial regulado por los artículos 104 y siguientes del Código del Menor y en lo no previsto allí, por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil para el proceso verbal sumario que se surte ante los Jueces de familia y que deberá concluir, en circunstancias normales, con una sentencia favorable que decreta la adopción propuesta, y ordena en consecuencia la inscripción de la providencia que la contiene en el acta original del registro civil de nacimiento del menor, en sustitución de la anterior inscripción y que permite, una vez ejecutoriada la providencia respectiva, ejercer en forma eficaz todos los derechos y deberes propios de padres e hijos o *potestad parental* como ha denominado la jurisprudencia contemporánea a este conjunto de relaciones filiales y familiares de compromiso.

Hasta aquí se encuentran pues los límites de responsabilidad del ICBF en formidable colaboración con la jurisdicción especializada, es decir, cuando se ha logrado el milagro de hacer nacer una *nueva familia* para el bien y la seguridad del infante afortunado y de sus nuevos padres dispuestos a asumir el que podríamos llamar ahora sí, *reto por la vida*.

Los extranjeros adoptantes, con la sentencia de Juez Colombiano en la mano,

aún deberán someterse, en su país, a una etapa final definida técnicamente como de *seguimiento del caso* por parte de su propio gobierno hasta obtener la nacionalización del niño o de los niños adoptados en forma directa o por conducto de una agencia especializada en el tema, cuando esta función ha sido delegada en los particulares del país de destino del menor adoptado, previa acreditación y aceptación, en cada caso, por las autoridades Colombianas de estas agencias internacionales de adopción. *Nacionalizado el menor* en el país de destino del niño o niña, culmina finalmente el proceso de adopción internacional.

Las familias extranjeras, con alguna frecuencia, suelen adoptar niños con "handicap", o sea, con limitaciones de salud física, mental, o de ambas, no superables en todos los casos. De igual manera aceptan la adopción de niños cuyas edades superiores a los siete años- dificultan mucho su adopción en Colombia. Esta circunstancia de tan significativa *sensibilidad social* debe tenerse en cuenta cuando a ultranza se trate de cuestionar a la adopción por extranjeros, sin saber realmente las circunstancias difíciles y aún los sacrificios de diversa índole que estas personas deben asumir al venir por primera vez a un país lejano, con signos marcados de violencia, a encontrarse con un hijo suyo a quien no conocen personalmente ni han visto jamás, confiados únicamente en las fotografías y en el historial bio-social y clínico que se les envía para que con base en tan sencillos elementos de apreciación y de juicio a la vez, tomen una decisión en extremo trascendental para sus vidas.

Sin embargo no deja de sorprender que las familias extranjeras continúen, desde hace varios años, formulando solicitudes de adopción en nuestro país en considerable volumen, para ingresar en la lista de espera controlada por la División de Adopciones de la Sede Nacional del ICBF-, convencidos como lo están de las bondades de la adopción Colombiana y de la importancia superior de nuestros niños y niñas de raza valiente, que poco a poco, han ido conformando *de hecho* una comunidad creciente de familias adoptantes en el exterior, con profundas raíces en Colombia por lo que, algunos de estos niños en ejercicio del derecho que les asiste a conocer su origen natal-, vienen luego de algún tiempo de vivir en el extranjero, solos o en la compañía de sus padres a conocer el país en donde nacieron, lo suficientemente maduros y estructurados en una personalidad recia, producto de la educación y formación integrales recibida de sus padres y del Estado que se convirtió, en virtud de la adopción, en su nueva patria, pero indiscutiblemente ligada a sus raíces de origen étnico en Colombia.

Como podemos ver en esta apretada síntesis informativa y didáctica, en cuanto ha sido esa la intención que motivó el escribir sobre el tópico, la adopción en

ningún caso depende de la decisión de una sola persona por mas importante y destacada que sea su posición al interior de la entidad rectora del programa, el ICBF, en el plano local, regional o nacional-salvo la sentencia proferida por el Juez de Familia-, en su caso. Depende sí de la decisión firme y consciente de unos padres que desean fortalecer su núcleo y contexto familiar extenso y apoyar a un niño por toda la vida, como si hubiese sido fruto biológico del amor de la pareja, acto tan noble, humano y supremamente sensible que solo por el poder de la *inteligencia superior*, que ilumina por igual a todos los hombres y mujeres en el mundo, puede tener lugar en la realidad en lo que los científicos y estudiosos del tema de la familia universal, se han puesto de acuerdo en denominar "El milagro del Amor".

En Santander tenemos el privilegio de haber logrado cimentar y hacer crecer un programa de adopciones absolutamente eficaz en sus resultados y por sobre todo, transparente respecto de su manejo en general. No es posible dar mayor información y divulgación de sus desarrollos que la permitida por la ley, en razón de la prohibición expresa consagrada por el Artículo 114 del Código del Menor, norma en la cual, se establece para todos los documentos y pruebas utilizados en la etapa administrativa y judicial propios de la adopción, una disposición de *reserva* de los mismos durante un periodo de 30 años.

Unicamente pueden consultarse los archivos en circunstancias muy especiales que la misma ley taxativamente determina y siempre con autorización judicial. Dicha prohibición, que por lo demás, es perentoria y de obligatorio cumplimiento por parte de los funcionarios encargados del manejo de esta información- puede ocasionar drásticas sanciones en contra de quienes a la sazón, incurran en causal de mala conducta por la violación del precepto, hecho que será castigado con la destitución del empleo respectivo, conforme lo dispone sin atenuantes el artículo 114 del C.M.

Este derecho inalienable a la intimidad, protegido por la norma citada, tan necesario para la formación e integración libre de la personalidad del niño y de la familia que lo acoge como a su propio hijo, tiene asidero además en el Artículo 15 de la Constitución Colombiana que dice : "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar..."

El prudente silencio que enmarca la adopción, dispuesto por la ley y no por funcionario alguno como se ha dicho, por obra de la cultura de la desinformación o aún por ignorancia crasa, hace que personas inescrupulosas movidas por inten-

ciones diversas lo malinterpreten, en veces, como si se tratara mas bien de un velo de misterio que encubre oscuros propósitos e intereses creados en la adopción, equívoco totalmente alejado de la verdad y de la realidad; mas aún, de la filosofía *reconstructiva de la familia* que le sirve de nutriente compositivo a una institución universalmente decantada y a un programa en Colombia que como *la adopción* forma parte ya del patrimonio histórico y cultural del mundo. A esas alucinaciones peregrinas, infortunadamente proferidas, en veces, por quienes ostentan alguna credibilidad social, se debe responder con el aforismo latino de derecho usual *mala fides superveniens non nocet*. (5)

Colombia, orgullosamente se muestra en todos los escenarios importantes que tienen lugar en el exterior y en nuestro país sobre el tema de la adopción, como una nación que ha logrado a través de los años, construir un programa muy serio, responsable y seguro en punto de la adopción internacional.

Por otra parte conviene señalar que mientras existan en Colombia tantos y tan variados problemas sociales, signados por la pobreza, la violencia, el narcotráfico, el desempleo, la intolerancia e irresponsabilidad en frente de *la natalidad*; mientras existan niños y niñas compatriotas nuestros a quienes no se les pueda garantizar su derecho fundamental a tener una familia y no ser separados de ella, aun cuando hagamos todos los esfuerzos por atenderlos debidamente como objeto de la función de protección del Estado y no como sujetos de derechos con personalidad jurídica autónoma, el resultado de los intentos continuará siendo el mismo. Menores protegidos en hogares y familias con subsidio del gobierno o en instituciones contratadas para el mismo fin, en los cuales los niños y niñas allí recluidos carecen absolutamente del derecho de pertenencia, no son dueños de nada, ni siquiera de su propio nombre por cuanto su representante legal es ocasionalmente el director de la institución que lo acoge en protección o el Defensor de Familia en la generalidad de las veces.

Considero que es inútil insistir entonces en preferir ver a nuestros niños y niñas **"de difícil adopción"**, encerrados en un mundo que no es el suyo, por mas comodidades, atención, cuidados, educación, cultura y recreación que a ellos se les brinde *bajo la suprema vigilancia del Estado*. Por lo contrario, parece mucho mejor procurar y conseguir para estas personas de Colombia nuevas y mas eficaces oportunidades de explorar y desarrollar su capacidad e independencia personales en todos lo campos posibles a examinar: *el científico, el curativo, el educativo, el de capacitación, el de adiestramiento, el de alistamiento en la fuerza publica, el de vinculación a brigadas sociales, el del empleo, el de la participación comunitaria, etc.*- que en el caso particular de la adopción finalmente se

proporciona de manera integral a los infantes desamparados, en las condiciones establecidas para nacionales y extranjeros conforme ya se expresó.

Asimismo, en tratándose de los "niños y niñas de difícil adopción" que hemos mencionado bien conocidos ya como *los hijos del bienestar*, estigma asignado por causas de su edad o de incapacidades sobrevinientes de diversa índole- en donde, por regla general, la falta de familia biológica es el denominador común de la motivación de abandono latente en estos casos-, y en los que la adopción no es difícil sino imposible, vista desde la realidad estricta de la figura que venimos analizando, debe procurarse entonces para ellos, el cambio de una esperanza incierta, la de la adopción, por otra de mejor factura, mas real como, la exploración de las alternativas de solución que antes señalamos a manera de lista de ejemplar, muy distintas; desde luego, desde los campos de la *investigación científica, de la educación especializada y por supuesto, del moderno derecho del niño*..

Es muy posible que de esta manera, pueda obtenerse en un mañana razonable, alguna parte o la total condición de capacidad y de voluntad que necesitan estos infantes para valerse por sí mismos y poder exhibir su propia identidad y personalidad, incluso la independencia y autonomía suficientes, si ello fuere posible, para acceder eficazmente a su derecho fundamental prevalecedor a la igualdad, establecido y pregonado para todos los seres humanos en sociedad, entre otras manifestaciones por la declaración universal de los derechos del niño y por la Constitución Política Colombiana de 1991.

Es que los derechos Constitucionales prevalentes de los niños requieren ahora de un cambio de filosofía y de mentalidad respecto del tratamiento legal como de la política social del Estado obligado a garantizar esa protección y preeminencia sobre los derechos de los demás y que se consagró de manera formidable en el inciso final del Artículo 44 de la Carta.

No puede continuar el niño en Colombia siendo considerado y tratado bajo condición subalterna y excluyente como *objeto de la protección* estatal en resultado consecuente de la *situación irregular* de factura legal taxativa que lo involucra, sino mas bien catalogado como **sujeto de derechos** de rango Constitucional, se insiste, prevalentes, como persona humana igual a los demás niños y niñas compatriotas suyos y ojalá vinculado a una familia, la propia biológica, nuclear o extensa, u otra distinta, en *adopción* o en lo que personalmente considero en llamar *amparo filantrópico*, figura vinculante pero lo menos formalista posible.

En manera alguna podrá continuar colocado el niño jurídicamente en situación irregular, expresión filosófica vertebral contenida en el Código del Menor actualmente vigente, que no debería referirse para nada al infante marginado en el afán de signar su propia desgracia personal, sino dirigirse mas bien para apuntar con el dedo índice, a la familia y a la sociedad solidariamente responsables de que los niños padezcan de la privación injustificada sin ambages, de los derechos y deberes que les corresponden en la vida.

La Regional Santander está trabajando en este campo verdaderamente interesante, novedoso y necesario además para alcanzar en el inmediato futuro la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento para todos los Colombianos, de acuerdo con el Artículo 22 de nuestra Constitución. El camino hacia la paz debe partir de la armonía familiar y de los niños, de quienes depende el porvenir de la patria. Es de ahí exactamente, en donde se aferra el ideal de buscar por todos los medios al alcance, alternativas ciertas, diferentes, que respondan efectivamente al interés superior de los niños abandonados a su propia por la familia y la sociedad toda.

Precisamente para estos propósitos el ICBF, ha contratado con la Universidad Autónoma de Bucaramanga, el desarrollo de una formidable investigación encauzada hacia el rumbo norte indicado de búsqueda de supuestos por fuera del libreto tradicional, trabajo que ha respondido sobradamente a las expectativas creadas en principio en el nivel regional y ahora, gracias a su propia fortaleza, de recibo, a nivel nacional, sobre el que se tienen ya los primeros resultados diagnósticos del problema, elementos con los cuales habrá de emprenderse la segunda etapa de la investigación, en la seguridad de tener mas adelante las conclusiones esperados y la ocasión de comentar, en detalle, lo que hacemos y pensamos que se debe continuar haciendo por el bienestar general de estos niños, presente y futuro de la patria.

Valga decirlo ahora, democráticamente, que si alguna persona, por casualidad o por convicción fundada en este tema, tiene propuestas u opiniones diferentes o complementarias de las ya conocidas, bienvenidas sean y que por favor las den a compartir. Miles de niños y niñas que en todo el país aguardan estoicamente el advenimiento del milagro de una adopción para ellos hoy lejana, tendrían la feliz circunstancia entonces de dirigir su lánguida mirada hacia una nueva esperanza de encauzar con seguridad el *proyecto de vida* que han soñado realizar.

De vuelta al *Departamento de Santander*, es bueno decir que la adopción, prácticamente forma parte importantísima de nuestra cultura tradicional. Son muchas, pero bien crecido el número de familias que han optado en sus vidas por

cambiar el rumbo hacia horizontes lejanos, de la mano de un niño. Las cifras que no mienten, nos dirán la verdad en este ensayo, para apuntalar de una vez por todas el final del mismo.

Estadísticas recientes de la Regional Santander

Niños adoptados en 1995..... 133
 Niños adoptados en 1996..... 117
 Niños adoptados en 1997..... 166

En 1997

Niños candidatos a la adopción..... 207
 Niños de difícil adopción..... 200
 Niños de difícil adopción adoptados..... 8

Familias con solicitud de adopción 246
 familias colombianas 140
 familias extranjeras..... 106

Familias que adoptaron 143
 familias colombianas..... 105
 familias extranjeras..... 38

Familias en lista de espera 64
 familias colombianas..... 19
 familias extranjeras..... 45

CITAS

- (1) Artículos 88 y 100 del Código del Menor.
- (2) MATURANA, M. HUMBERTO, "El Arbol del Conocimiento", Editorial Universitaria S.A., Santiago de Chile, Abril de 1996, Página 11.
- (3) BELLUSCIO, CESAR AUGUSTO, "Manual de Derecho de Familia"-Tomo II, Ediciones Palma, Buenos Aires -Argentina 1977, Página 233. CLARKE A. M., Adoption Studies and human development and Fostering, 104, No 2, London 1981.
- (4) TELLEZ ARIZA JAIRO ROGERIO, "Aspectos Jurídicos de la Adopción en la Legislación Colombiana", Ponencia presentada, en la ciudad Española de Alicante, en el escenario del evento-Jornadas sobre Adopción Internacional-*Noviembre 11 al 18 de 1995*.
- (5) PRECIADO AGUDELO DARIO, La Mala Fe sobreviniente no perjudica, "Frases Latinas del Derecho Usual", Ediciones Librería del Profesional, Santafé de Bogotá D.C., No. 223, 1993.

DEMOCRACIA Y NEOLIBERALISMO

Orlando Pardo Martínez



n la configuración de los actuales regímenes políticos se viene presentando una reestructuración de las relaciones capitalistas, tratando de debilitarse los componentes antagónicos que tradicionalmente se venían presentando, cambiando de esquema y mediatizada por una nueva forma de lucha mantenida por prácticas pseudodemocráticas.

El nuevo esquema o paradigma de la práctica democrática se debatirá entonces en términos actuales en los grados de autonomía y participación, en las competencias descentralizadas y en el rumbo de las transferencias de recursos hacia las regiones. Pero el referente del Estado-nación como el campo o espacio privilegiado para la articulación de los modelos de desarrollo y para la construcción o ejercicio mismo de la democracia, se empieza a diluir ante los procesos crecientes de la internacionalización de la economía y de globalización.

1. DEMOCRACIA Y NEOLIBERALISMO

Observamos que aún no ha sido claro para Colombia, ni para los países latinoamericanos, la reconstrucción y desarrollo mismo de la democracia como referente de articulación entre una perspectiva de crecimiento

desde lo micro frente a la globalización del sistema capitalista, mediante la integración de bloques subregionales-continetales de estados, lo cual desvirtúa a la misma práctica democrática.

En América Latina en la década del Ochenta se da el surgimiento de la regulación neoliberal: *«libertad individual, una economía competitiva orientada hacia el exterior, reducción del Estado, eliminación de subsidios sociales y económicos, fomento del ahorro y la inversión privada, fortalecimiento del mercado libre y leyes laborales orientadas hacia su regulación por las fuerzas de oferta y demanda»*.¹

En la cual se tiende a organizaciones sociales y políticas que involucren opciones pluralistas, consensualistas etc., así como la consagración de derechos fundamentales individuales y colectivos. Lo que hizo que los teóricos liberales llegaran a proclamar la unión o asociación entre la libertad de los actores económicos con la libertad política de los mismos y con el llamado estado social de derecho.

Es así como al inicio de los años noventas se incentivó la democratización de los estados latinoamericanos pero vimos que su efecto fue contrario, pues sufrieron una recaída por las políticas neoliberales, que se tradujeron en medidas económicas de choque, las cuales produjeron fuertes reacciones sociales., ejemplos como las protestas en Venezuela y en Haití, nos pone a pensar sobre la relación entre democracia y neoliberalismo.

«El mérito del 'modelo neoliberal' consiste en proponer un ajuste estructural que responde a las nuevas tendencias de la economía capitalista como la globalización acelerada, flexibilidad de los procesos productivos, independización de los circuitos monetarios y crediticios, incorporación de innovaciones tecnológicas. Debido a dicho proceso de globalización, nuestros países se condenarían al subdesarrollo sino se adaptan a los mercados mundiales. Pero sería una falacia identificar mercado con desarrollo».²

Se requiere entonces realizar o sistematizar lo que el liberalismo conlleva o introduce, analizando en forma independiente las especificidades de cada desarrollo en cada estado o país y de su coexistencia o no con el llamado estado social de derecho. Vale la pena observar entonces algunos aspectos que ese proceso involucra:

¹ LEVINE, Barry.B. El desafío neoliberal. Santafé de Bogotá: Norma, 1992. P.58

² LECHNER, Norbert. «El debate sobre estado y mercado». EN: Foro. Bogotá: Litocamargo. 1991. p.65.

En primer lugar la descentralización territorial de recursos, de los aparatos institucionales y de las políticas públicas; en segundo lugar la desnacionalización del mismo estado al necesitar incertarse al mercado mundial para sobrevivir; en tercer lugar las relaciones entre los procesos descritos a nivel interno y externo, macro y micro; en cuarto lugar las relaciones entre los proyectos de clase ligados a la transnacionalización del capital y a las mismas dinámicas regionales; en quinto lugar las relaciones intraburocráticas para la toma de decisiones; en sexto lugar el desmonte de las llamadas conquistas de la clase obrera (debilitamiento sindical), en séptimo lugar la necesidad de precisar los interlocutores y convalidadores de las políticas públicas para la llamada sociedad civil; en octavo lugar la privatización del ahorro nacional vendido al transnacionalizado; en noveno lugar el desmonte del estado empresario al estado neoregulador, que conlleva a la valorización de las prácticas de los agentes económicos privados en términos individuales o colectivos, dentro de la economía de mercado.

«El mercado por sí solo no genera ni sustenta un orden social y, por el contrario, presupone una política de ordenamiento. Esta inserción social de mercado salta a la vista en los actuales procesos de transición en Europa Oriental. Las dificultades en implantar una economía de mercado no provienen tanto de una falta de voluntad política como de la ausencia de un contexto sociocultural que regula el despliegue de las leyes del mercado».³

En consecuencia, los anteriores cambios conllevan necesariamente a que varíen las correlaciones políticas, sociales y, desde luego, las burocráticas en la toma de decisiones, y sobre todo en la apropiación del excedente de producción, así como también la modificación de las nuevas instancias, espacios y funcionamientos de las prácticas políticas.

El neoliberalismo, frente a la democracia, lo percibimos como la instauración de un nuevo orden de relaciones que se materializa en una aparente nueva forma de regulación socio-económica⁴, puesto que al interior de la misma se pretende

³ ibídem., p.72-73

⁴ « En medio de la nueva fase de la acumulación capitalista, las políticas neo-liberales han ganado importancia poco a poco. Como bien es sabido, esta ideología asegura que el estado es demasiado grande e ineficiente; el Estado limita la libertad y la creatividad; además, en vez de contribuir a la recuperación económica, se convierte en un obstáculo para el desarrollo. La ideología neo-liberal postula una especie de «Estado limitado»: Así, uno estaría inclinado a pensar que el Estado sería reducido. Esto es parcialmente cierto y puede ser observado: a) en la manera como el Estado reorienta su presupuesto, en algunos casos, reduce sus gastos sociales que fueron aumentados en el periodo fordista cuando las políticas económicas keynesianas eran un «dogma»; b) con respecto a los gobiernos de países capitalistas menos desarrollados, incluyendo varias naciones latinoamericanas. En el último caso, la influencia de las trans-nacionales, y particularmente del gobierno de los Estados Unidos, es tan fuerte que condicionan a una nación política y económicamente. Esto significa la «reducción» de un estado nacional.» PALACIO, Marco. «Globalización, neo-americanismo y búsqueda de un transnacionalismo alternativo» EN: Doce ensayos sobre integración continental. (Varios autores). Cali: Univalle, 1994, p.92.

dar la consolidación del estado de derecho, con «nuevos» grados de democracia o mediante la reconfiguración del aparato estatal, lo cual no dependerá del mismo modelo neoliberal, sino del devenir de la historia nacional, de la capacidad de implementar el orden neoliberal respetando o no las autonomías relativas de las ramas centrales del poder y de las entidades territoriales.

Las relaciones entre los actores y los referentes reales de las reformas en cada país es lo que condiciona la fuerza o potencialidad del neoliberalismo, el cual constituye un imperativo dentro del mismo modelo liberal mas que una propuesta novedosa de este, pues lo que busca es autoreforzarse, redefiniendo las relaciones intra e interestatal a su servicio. Ello ha conllevado el derrumbamiento del llamado estado social de derecho, que ocurre cuando las realidades societales, los actores, las relaciones o espacios tratan de impedir la instauración del «nuevo» orden económico y político, dado que los gobiernos con las políticas de ajuste macroeconómico recortan recursos a los programas de inversión social.

El neoliberalismo pregona una potencialidad democratizante, pero ésta ha sido referida a la realización formal de la misma democracia no por el modelo sino por sus nuevas conquistas en los espacios de participación y administración de la sociedad en la gestión de las políticas públicas, pero tales avances en la praxis política han sido logros de la presión de la sociedad civil y no por obra y gracia del modelo neoliberal.

El liberalismo y la democracia en su raíz son incompatibles, solo que históricamente para sostenerse un grupo en el poder los ha unido teorizándolos para mantener un régimen político, así: *«Liberalismo y democracia eran contrapuestos y considerados incompatibles porque respectivamente se inspiraban en dos ideales diferentes contradictorios, la libertad y la igualdad,... El encuentro del liberalismo con la democracia, en realidad, es un fruto más bien tardío de la historia,... en el siglo veinte el liberalismo adoptó la democracia, ante todo, como una bandera de lucha en contra de sus enemigos autoritarios, particularmente el nazifascismo y el comunismo, pero sus valores fundamentales siguieron siendo los de economía de mercado y la democracia lo fue solo en cuanto resultaba funcional respecto de la economía de mercado».*⁵

La democracia tiene como fundamento el permitir espacios de confrontación en términos formales de igualdad, no es simplemente la actitud participativa ni decisoria, involucra además muchos principios y valores que convergen hacia la idealización de la convivencia armoniosa pacífica y evolutiva de la vida colectiva,

⁵ CORDOVA. Arnaldo. Modernización y democracia. Caracas: Nueva Sociedad, 1991. p.28

la cual entra en contradicción frente a los esquemas espaciales y funcionales que el modelo neoliberal presenta, pues está basado en el libre mercado, aquí el capital no se circunscribirá o se sujetará a un campo específico ya que el capital no tiene una espacialidad determinada. Requiere de un mercado total de hombres libres (con potencialidad de libertad), lo cual no puede confundirse con la libertad política que pregona la democracia, irrealizable en un ámbito económico altamente excluyente, que fomenta la desigualdad, frente a un ámbito político incluyente - la democracia-, pregonera de la igualdad y de otros valores y principios, como el de la participación.

La sociedad busca, para su convivencia pacífica, un esquema político consensualista y humanista, pero esa búsqueda es mediatizada por la relación mercantil, la cual es insensible frente a la vida cotidiana y a las relaciones interpersonales. Así, pues, podemos afirmar entonces que la economía de mercado paraliza o impide cualquier desarrollo real de los valores intrínsecos que fomenta la democracia, valores como la solidaridad, la tolerancia, el pluralismo, etc., los cuales son desarticulados con la implantación e implementación del paradigma neoliberal.

El modelo a desarrollarse, en el caso colombiano, se complementó con reformas en la estructura y funcionamiento de las instituciones estatales, específicamente mediante la llamada descentralización administrativa, en la cual el poder central-institucional se desprendió de facultades decisorias pregonando la distribución de recursos, pero que en la práctica solo trasladó ciertas funciones burocráticas a los entes descentralizados, ya se trate de entidades territoriales o de establecimientos públicos.

Se pretende, entonces, manejar una visión diferente sobre la gestión de los recursos del estado, adoptando las reglas del libre mercado con la autorregulación de las fuerzas de oferta y demanda, en donde el estado deja de ser un simple prestador de servicios -benefactor- y se convierte en un regulador y vigilante -factor- de control sobre los entes privados paraestatales que entran a cumplir tales funciones. Lo cual se traduce en términos reales en la descentralización de la responsabilidad estatal frente a la pobreza y frente al mismo desarrollo socioeconómico.

«La variante de la descentralización que se concentra en la redefinición de competencias estatales a nivel territorial parece desconocer un punto de partida que puede convertir esa propuesta en una nueva fuente de desigualdades económicas cristalizadas entre comarcas, ciudades y regiones en general, hacen ilusorio pensar que un sistema con fuerte peso local en las decisiones conducirá a una mayor

*igualdad y solidaridad en la sociedad».*⁶

Con el modelo neoliberal se presenta a la democracia participativa como inherente a la misma reestructuración neoliberal, siendo una falacia, pues aquella necesariamente involucra un poder decisorio libre de cualquier tipo de mediación. El mercado no permite oportunidades en términos reales de igualdad y equidad, ya que tanto la una como la otra no dependerá de los deseos de la relación mercantil, ni de las actuales condiciones sociales, si fuera así, si la sociedad en su conjunto lograra esos principios en torno del esquema neoliberal, acudiría entusiasta al mercado.

Los valores neoliberales y las prácticas sociales se orientan a que el individuo se mueva en la maximización antagónica del consumo, del status, del poder y por qué no del prestigio. En el cual los fines privados, el cálculo egoísta, el interés particular sobre cualquier otro es la regla diaria. La relación de mercado y estado se traduce en la mediación neoliberalismo y democracia, por ello, frente al panorama latinoamericano, cabe hacernos la pregunta cómo compatibilizar democracia y desarrollo, democracia y neoliberalismo?, así, desde este cuestionamiento, lo que se pone en juego en últimas es la determinación de cuál orden social se quiere, lo que explica la fuerte ideologización del debate.

Antes de la década del ochenta el estado, con la orientación cepalina, potenciaba su deseo de desarrollo interno, mediante diferentes políticas, era interventor, buscaba deliberadamente promover ese desarrollo interno en términos económicos y sociales; ahora el desarrollo no sería hacia dentro, su rol activo dejó de serlo y entró a ser redefinido frente a los nuevos vientos de articulación hacia afuera, debiéndose acoplar a los requerimientos del proyecto económico hegemónico del capital mundial, que replanteó el funcionamiento del mismo sistema capitalista bajo el nuevo paradigma neoliberal, pseudolegitimado con las prácticas políticas democráticas, las cuales ha tenido que ser maquilladas discursivamente para crear en el colectivo social el afianzamiento, al menos parcialmente, de la misma democracia como praxis necesaria para la convivencia y el reconocimiento del modelo económico a imponer.

Es por ello que los países latinoamericanos vienen afrontando un reto: empatar la difícil integración regional a la economía mundial con el desarrollo social, lo cual no es fácil, pues ni el mercado ni el estado (democracia y neoliberalismo) logran por sí solos compatibilizar las exigencias de un desarrollo socio-económico

⁶ CORAGGIO. José Luis. «La propuesta de descentralización: en busca de un sentido popular». EN: Serie Textos. Quito, 1989. p.46.

armónico dada su incongruencia recíproca.

2. LAS CONTRADICCIONES DEL NEOLIBERALISMO

Cuando se trata de reflexionar no sobre el orden sino alrededor del desorden social, encontramos que éste ha sido siempre una constante de la humanidad, al que se ha tratado de dar explicación. Cuando se habla de neoliberalismo es como una moda impuesta, pero tal parece que la euforia de la misma está siendo desplazada por su propia esencia -el neoconservadurismo-, el cual deja por fuera interrogantes tan esenciales como la razón de ser del hombre fuera del consumo y en sociedad, el modelo de organización planteado no lo contempla porque ni siquiera lo vislumbra. Los valores se invierten día a día, la eficiencia económica no deja espacio al cultivo espiritual, el individuo dentro de este esquema societal «racionalista» es cada día más calculador, por ello se viene alejando cada vez más de la pretendida modernidad.

Pero no se trata en últimas de analizar cuál es la mejor forma de organización social, sino más bien cuál es el sentido de la vida, no importa la sociedad en que se esté, es pretender volver a ser nosotros por nosotros, es poder pensar y tener o recuperar esa capacidad, es permitir ser actores, ser constructores y deconstructores de nuestro propio camino; es poder visualizar y planear las rutas, determinando lo rescatable, lo desechable e imaginando ambientes de convivencia más armónicos y justos para nuestras realidades.

Los estados suponen y reivindican, en ejercicio de sus soberanías, el derecho a la libre autodeterminación mediante la expedición de constituciones nacionales, cuya razón de ser es la consagración de una lógica de poder, asimismo de plantear y permitir algunos derechos y principios garantísticos que se plasman como una esperanza para la mayoría, permitiendo cierta dinámica del hombre en sociedad, así aquellos no se practiquen o respeten, aparte de su eficacia simbólica, tendrán siempre potencialidad.

Es posible que las diferentes ideologías que dinamizan el proceso sufran profundas crisis, de hecho ya se está viendo, pero ante esto surge la necesidad de mirar nuestro propio entorno, recuperar el espacio individual para que el hombre vuelva a ser el constructor de su propio devenir, el neoliberalismo lo anuncia a los cuatro vientos, ese es su artilugio, pero no podemos dejarnos seducir, pues su eje fundamental es la especulación consumista, irrespetuosa del hombre y de la naturaleza, que promete recobrar la libertad, pero bajo la tutela de la razón del mercado.

El neoliberalismo como estrategia y soporte del régimen político, deberá replantear sus medidas de acuerdo con las condiciones socioeconómicas y culturales de cada país, pues el incremento de la pobreza, la abismal desigualdad, el desempleo, el manejo de los recursos y de medio ambiente así lo exigen; el todo no es maximizar las ganancias, sino lograr el mayor bienestar a costos razonables. Volvemos entonces la mirada al pensamiento de Bolívar, integración, solidaridad y fraternidad entre los pueblos. No basta entonces con el respeto a uno de los derechos mas preciados -la vida-, sino con la garantía de su realización digna.

3. INTERVENCIONISMO VS NEOLIBERALISMO

Desde mediados del presente siglo, se impuso en toda la América Latina el modelo de desarrollo diseñado por la CEPAL, enmarcado dentro de una política de sustitución de importaciones y proteccionismo industrial. Ahora, a pesar que el modelo cepalino permitió a la industria nacional un avance y adquirir cierta independencia frente al mercado internacional, ello no evitó el desarrollo concentrado, ni la generación de una desigualdad en la distribución de los ingresos y del producto nacional, como tampoco que grandes sectores quedasen marginados del proceso y excluidos de los beneficios del desarrollo.

Este modelo de desarrollo que imperó en nuestro medio ha sido calificado como modelo de desarrollo «*hacia adentro*», se caracterizó por el acentuado proteccionismo y una fuerte intervención del estado, lo cual condujo a la ineficiencia industrial, al surgimiento de monopolios u oligopolios, a la corrupción y por último a la parálisis del crecimiento.⁷ El modelo cepalino hizo crisis, los organismos crediticios internacionales y especialmente el Banco Mundial con el aval del F.M.I lograron dar un viraje a la economía modificando sus estrategias de intervención, orientada hacia el financiamiento del desarrollo vía créditos a proyectos específicos y aumento de capacidad productiva pública o privada para orientarse ahora a garantizar el pago cumplido de la deuda externa y la estabilidad del sistema financiero.⁸

Dentro de este marco, y ya en la década del ochenta, América Latina asistió al fortalecimiento del proyecto neoliberal, con la propuesta de libertad de mercados y privatizaciones, generalmente asociadas a regímenes políticos dictatoriales recién fenecidos y con el respaldo de organismos financieros internacionales.

⁷ BOTERO. Libardo et al. Neoliberalismo y subdesarrollo. Santafé de Bogotá: Ancora, 1992.

⁸ PULECIO. Jorge. La apertura en Colombia. Bogotá: Fescol, 1991.

Por su parte «*la ambientación neoliberal imperante en Colombia se impulsa en su formulación académico intelectual por medio de la creación de entidades (Instituto de Ciencia Política y la revista del mismo nombre), la organización de eventos (seminarios de privatización de las cámaras de comercio, cursos en las universidades privadas principalmente las de élite social), la conformación de su vanguardia ideológica (think tanks) y la captación de antiguos marxistas de diversas vertientes para conformar sus mandos medios, falange de asesores y tecnócratas*»⁹

El intervencionismo estatal en nuestro país viene desde el año 36, se ratificó y fortaleció en la reforma del 68. Por su parte, la constitución del 91 no fue ajena a dicho modelo, la sola impronta de anunciar un estado social de derecho llevó incito la intervención del estado frente a los nuevos deberes que le asisten, los cuales no se tradujeron en la asistencia social, por el contrario, hubo desatención mediante el acelerado proceso de privatización de las funciones públicas, amparado en los principios neoliberales, tales como: la independencia del banco central, la libertad económica, la participación del sector privado en la prestación de servicios públicos y sociales, la enajenación de bienes del Estado, la liquidación de empresas monopolísticas del Estado, etc.

Así, pues, el constituyente del 91 evidenció el espíritu intervencionista del Estado, avalado con el discurso de la participación y de la soberanía popular. Empero, al hablarse del Plan de Desarrollo Económico y Social se transitó por un camino distinto, ya que se apuntó a la teoría del desarrollo y por consiguiente al intervencionismo estatal en los sectores estratégicos, cuya tendencia final, como se dijo, ha sido el de las privatizaciones, con sus funestas consecuencias para la mayoría de la población; y es aquí donde surge la gran contradicción, porque frente a un Estado Social en donde «*los principios de dignidad humana y solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución económica e irradian todos los ámbitos de su regulación, propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y gasto público*»¹⁰, entran en choque con la política neoliberal debido a su carácter restrictivo y fundamentalista.

⁹ DIAZ A. Pedro A. Constitución Política Colombiana. Proceso estructura y contexto. Santafé de Bogotá: Temis, 1993. P.67 - 68

¹⁰ C. Constitucional., Sent.T-505, agosto.28/92. M.P. Eduardo Cifuentes M.

CONCLUSIONES

1. El modelo neoliberal en su aversión por el estado confunde su necesario papel intervencionista, considerando que el problema es dicha potestad y no el uso que se hace de la misma a través de la definición las políticas públicas hacia un equilibrio y desarrollo social. Por lo tanto, los cambios deben hacerse con instrumentos que coincidan con la naturaleza humana y socio-cultural, y no con el establecimiento de medidas y espacios e instrumentos fríos, mecánicos e impersonales, guiados por un mercado incontrolado e incontrolable, que se ha convertido, desafortunadamente, en el mediatizador de todas las relaciones humanas.

*«El partido, siempre el partido tiene la razón, cantaban los militantes comunistas. Ahora se canta: el mercado, el Mercado tiene la razón... Se cree que el mercado, como simple automatismo, produce libertad, del mismo modo que una fábrica produce salchichas. Se trata del totalitarismo del mercado. La máquina de libertad se transforma en una máquina de horror...lo que no funciona como parte de esta máquina se puede desechar».*¹¹

2. El capitalismo a través del neoliberalismo y/o el neoconservatismo, dista mucho de los principios que le sirven para fundamentar su discurso, pues el pretendido crecimiento económico no se ha dado, el poder económico en lugar de descentralizarse se ha concentrado, el libre mercado se fortalece cada vez los oligopolios, y a su vez la consolidación del sistema exige el intervencionismo estatal en su favor a pesar que no es ésta precisamente la característica del modelo; en el mismo sentido, en lugar de desaparecer el proteccionismo, éste ha tomado nuevas formas, pero no en beneficio de los pequeños productores. De otro lado, el proceso de internacionalización y apertura de las economías ha sido discontinuo y heterogéneo, las diferencias entre los países se ha acentuado y, además, se han agudizado las divergencias entre grupos sociales al interior de los estados.

3. Podemos afirmar que los lineamientos neoliberales se basan, como buena parte del discurso económico clásico, en una mecánica aparentemente funcional que lleva a la idea de equilibrio, en la que las fuerzas naturales guían hacia él a través del mercado, considerando a las acciones humanas como si fueran similares a las leyes del movimiento físico, lo cual conlleva a tener una visión mecanicista de la naturaleza humana, que es grave, pues sería identi-

¹¹ TOKATLIAN, Juan Gabriel. «Neoliberalismo y política mundial». En: Foro. Santafé de Bogotá, 1991. p.95.

ficar a las ciencias humanas con las ciencias naturales, llevaría a reducir a los hombres a simples cosas en los naturales, reduciendo los hombres a simples cosas, cuando la naturaleza humana contiene e involucra una racionalidad política traducida en instituciones, maleables a las realidades sobrevinientes, siendo una de ellas el estado, indispensable para el correcto funcionamiento de una sociedad, como el máximo instrumento y expresión de sus intereses colectivos, pues corrige la asignación y distribución de los recursos que necesariamente genera la producción y el intercambio social, lo cual se traduciría realmente un estado social de derecho.

*«La consigna 'menos estado, más mercado' refleja una ingenuidad peligrosa. Dicho en otras palabras: dado el carácter social del mercado, el ordenamiento de la sociedad es un factor determinante de la eficiencia macroeconómica. Si queremos afianzar una economía social de mercado, entonces debemos encarar el fortalecimiento del orden social. A ello debiera apuntar una reforma del Estado; no a más o menos, sino a otro Estado. Es decir, un estado democrático que integre efectivamente a todos los ciudadanos».*¹²

4. Para entender el proceso económico actual y las políticas que lo sustentan es necesario examinar el modelo neoliberal, el cual podemos sintetizar así:

- El mercado libre entendido como único sistema para mejorar y asegurar el desarrollo económico de la sociedad y el bienestar de las mayorías. El libre juego de las fuerzas económicas debe estar regido por la ley, pero quien determina y regula el pretendido equilibrio es el sistema de precios, lo cual aparentemente haría innecesaria cualquier tipo de intervención e interferencia externa para tratar de regular la economía. Los productores y consumidores disponen de toda «libertad de elegir» lo mejor para obtener la máxima utilidad individual.
- Estado no interventor. El estado no deberá intervenir en la regulación de las fuerzas del mercado, ya que el gobierno, bajo el supuesto de que es un mal administrador, debe dejar actuar a la iniciativa privada y al mercado sin colocarle controles, ni brindarle privilegios. Argumentándose que las empresas públicas son ineficientes por la existencia de subsidios y corrupción, mientras que la empresa privada en cambio posee recursos, carece de burocracia y no genera. «Este medio hace posible la apertura mercantil y la desestatización, pero también es el objetivo que permite a la burguesía acrecentar sus rique-

¹² LECHNER, Norbert. Ibif. p.74.

zas. La privatización se logra por diversos modos de acceder a lo que es propiedad o está dentro del ámbito del estado: compra de empresas públicas, adquisición de acciones, extinción de monopolios estatales, al acceso, al uso (contratos de concesión o creación de empresas mixtas).¹³

- Libertad Financiera. En favor de la libertad de mercado el estado debe eliminar todo control al sistema financiero, este tendrá autonomía en su manejo, generándose así el auge de la usura, es decir, la inversión productiva se desviará a la especulación y los bancos absorberán las industrias.
- Apertura y reconvención industrial. El neoliberalismo sustenta que la apertura y la internacionalización de la economía constituyen un imperativo para el desarrollo y la modernización industrial.
- Flexibilización del mercado laboral. Implica que los salarios al igual que los precios de mercado deben determinarse por el libre juego de la oferta y la demanda, sin intervención del gobierno ni de sindicatos que impidan llegar al salario de equilibrio para la economía nacional. Por esta vía se llega a atacar todo el sistema prestacional, de garantías sindicales, postulando un régimen laboral de relaciones individuales; de vinculación transitoria y de pago inmediato de todo salario sin ningún pago diferido, señalándose como la clave para el avance de la economía.
- El pretendido éxito del nuevo esquema en Colombia se considera que resultará de la aplicación de las siguientes políticas:
 - a) La renovación de la infraestructura tecnológica como precondition para competir con los productos extranjeros tanto en el interior como en el exterior, presumiéndose altos costos para el desarrollo de estos programas sin poderse definir el origen de dichos recursos, a no ser de los dineros del narcotráfico o de «milagrosas» bonanzas. Lo cierto es que de lo primero ingresaron fuertes sumas dinerarias, producto del lavado de activos sin que fueran invertidas en infraestructura, por el contrario inundaron el mercado de bienes de consumo suntuario, en detrimento de los productores nacionales.
 - b) El proceso de apertura exigía un reacondicionamiento de la infraestructura en comunicaciones. En este sentido se orientarían programas de mejoramiento del sistema vial y portuario, del transporte marítimo y férreo, a su vez se

¹³ DIAZ A. Pedro a. ibid. p.71

fomentarían de empresas que garantizarían la prestación de estos servicios a precios «razonables», igual que la modernización y mejoramiento del sistema de comunicaciones. La realidad demuestra que ello no ha ocurrido, pues la gestión en este sector ha aumentado

- c) Para incentivar una sana competencia se permitió aumentar el ingreso de mercaderías extranjeras, y para forzar a una mayor eficiencia de la industria nacional se procedió a la desgravación de aranceles de aduana, su efecto fue contrario, pues sin previa preparación muchas industrias y empresas recién creadas sucumbieron frente al poderío de las transnacionales.
- d) La reducción del gasto público no se produjo, por el contrario aumentó pese a la política de privatización de empresas estatales. Por su parte, en materia laboral, la reforma se centró principalmente en la flexibilidad en materia de contratación, a fin de hacerse más adaptable a las nuevas condiciones del mercado, deslaborización de algunos tipos de relaciones de trabajo, reducción de salarios reales para hacer más competitiva la industria nacional, todo esto condujo a un incremento sin precedentes de la población desempleada, pues tales ajustes legales se realizaron sin que se produjera el soporte real, la pretendida reactivación económica.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRY B. Levine. El desafío neoliberal. Santafé de Bogotá: Norma, 1992.
- CARDOSO. Fernando et al. Dependencia y desarrollo en América Latina. México: Siglo XXI, 1969.
- CORAGGIO José Luis. La propuesta de descentralización: en busca de un sentido popular». EN: Serie textos. Quito: Ciudad, 1989.
- CORDOVA Arnaldo. Modernización y democracia. Caracas: Nueva Sociedad, 1991.
- DIAZ A. Pedro A. Estado y tercer mundo. Bogotá: Temis, 1991.

Constitución Política Colombiana (1991). Santafé de Bogotá: Temis, 1993

FRIEDMAN. Milton et al. Libertad de elegir. Barcelona: Grijalbo, 1980.

FURTADO Celso. Prefacio a una nueva economía política. México: Siglo XXI, 1978.

KALMANOVITZ Salomon. El desarrollo tardío del capitalismo. Bogotá: Siglo XXI, 1983.

KAPLAN MARCOS. ASPECTOS DEL ESTADO EN AMÉRICA LATINA. MÉXICO: Unam, 1985

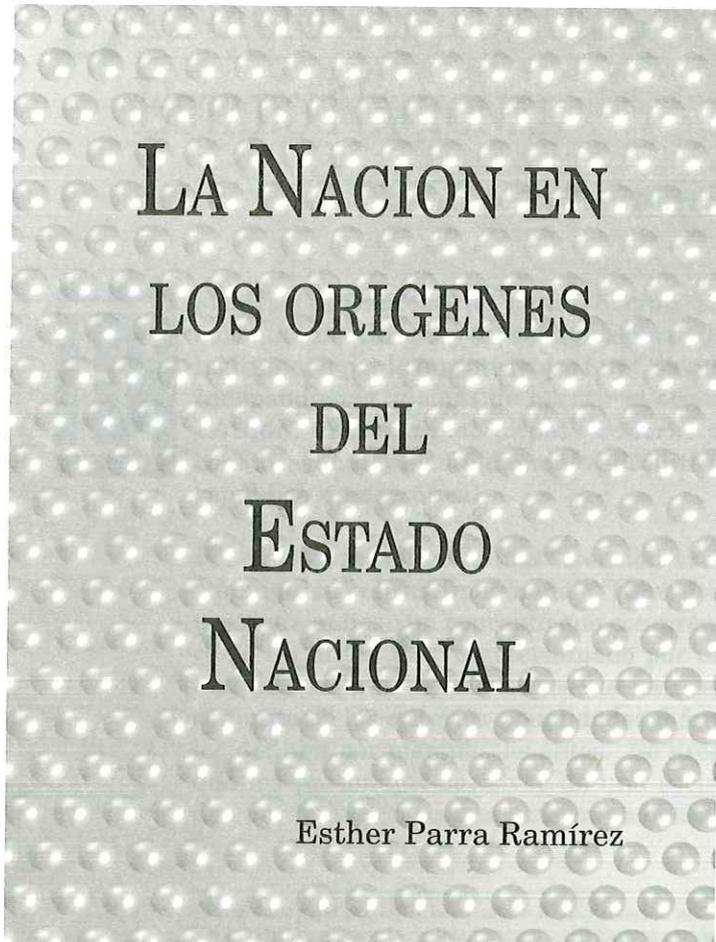
LECHNER Norbert. «El debate sobre estado y mercado». EN: Foro. Santafé de Bogotá: Litocamargo, 1991.

PALACIO, Marco. «Globalización, neo-americanismo y búsqueda de un transnacionalismo alternativo» En: Doce ensayos sobre integración continental. (Varios autores). Cali: Univalle, 1994.

RESTREPO B. Dario. Descentralismo y neoliberalismo. Santafé de Bogotá : CEIR, 1992.

TAMANES. Ramón. Introducción a la economía internacional. Madrid: Alianza, 1983.

TOKATLIAN Juan Gabriel. «Neoliberalismo y política mundial». EN: Foro. Santafé de Bogotá: Litocamargo, 1991.



LA NACION EN
LOS ORIGENES
DEL
ESTADO
NACIONAL

Esther Parra Ramírez

LA NACION EN LOS ORIGENES DEL ESTADO NACIONAL

Esther Parra Ramírez



Estudiar el proceso de construcción de la nación colombiana cobra hoy especial interés dada la crisis de legitimidad por la que atraviesa hoy Colombia. Nuestra independencia además de marcar el origen mítico del Estado, prioriza el papel central de la carta constitucional como fundamento absoluto para nuestra república democrática.

Por nación se entiende una "creación artificial", una "comunidad política imaginada"¹ Hans Joachim König pretende aplicar un concepto que comprende la nación como un orden fictivo determinado por una colectividad de hombres, deduciéndose la naturaleza de este conjunto de los criterios o cualidades diferentes, como los definen por ejemplo las elites. Se pregunta por lo que los personajes decisivos de una sociedad entienden por la nación en una determinada situación histó-

¹ Para Jaime Jaramillo Uribe la nación es una creación artificial (comparado con la región que es una realidad natural). El Estado nación ha tenido que ser inventado o construido. Para Marco Palacios la nación moderna se inventa. La nación como concepto, la patria del ciudadano, es el gran legado de la Revolución Francesa. Ahí nace el problema de todo el siglo XIX: la falta de hegemonía, la profunda dispersión nacional de las élites hace utópica la nación.

ASPECTOS POLEMICOS DE LA HISTORIA COLOMBIANA DEL SIGLO XIX. Bogotá : Fondo Cultural Cafetero. 187, 215ps.

rica, con qué criterios definen la nación de un modo aceptable por los estratos bajos de la sociedad y cómo legitiman el orden político o justifican la formación del Estado.

No podemos hablar de la existencia de la nación en términos de integración nacional a nivel social, económico y regional.² Para que exista el vínculo jurídico - político denominado nacionalidad se hace necesario la relación de un conjunto de hechos sociales independientes, autónomos y no prefabricados que se van destacando en el lento transcurrir del tiempo y crean una forma de ser propia, es lo que llamamos "el carácter nacional". Las nacionalidades están en función de la historia.³ La definición de lo que puede ser la nación influye también en el orden político y lleva implícito resultados para la determinación de las fronteras y para la naturaleza de la organización interna. Bolívar entendió la nación como nación de ciudadanos, "el hombre de honor no tiene más patria que aquella en la que se protegen los derechos de los ciudadanos y se respeta el carácter sagrado de la humanidad; la nuestra es la madre de todos los hombres libres y justos, sin distinción de origen y condición".⁴

Ahora, en cuanto al nacionalismo, Hans Kohn, lo considera como un estado de ánimo en el cual el individuo siente que debe su lealtad suprema al Estado nacional; sólo a finales del siglo XVIII, el nacionalismo se convirtió en un sentimiento generalmente reconocido que modela en forma elevada la vida pública y privada.⁵ En el caso de la minoría criolla neogranadina le podemos caracterizar como patriotismo⁶, es decir, como concepto simbólico.

Durante el período del dominio español se consideraba la nación como una comunidad de hombres que se sienten enlazados por unos mismos sentimientos, religión, costumbres, valores, y sobre todo por una común lealtad al rey. Se entendía la "nación española" como un conjunto de reinos de los cuales hacen parte los territorios peninsulares y las colonias americanas.⁷

El imaginario de nación fue heredado por los insurgentes americanos y les generó el conflicto "de declararse al mismo tiempo católicos, independientes y repu-

² KONIG, Hans - Joachim. Símbolos Nacionales y Retórica Política. 392-393 ps.

³ TRIANA, Carlos. Símbolos Nacionales Centenarios. 67p.

⁴ KONIG, H-G. Op Cit., 402p.

⁵ KOHN, Hans. El Nacionalismo. Buenos Aires: Paidós, 10p.

⁶ Como veremos más adelante.

⁷ Aunque para los americanos el concepto de nación es el de "representación de reinos" en contraste con el de representación de estamentos: como el clero, la nobleza, las ciudades, característico de los españoles, lo más importante es que la elite del Nuevo Reino de Granada se sentía parte integrante y constituyente de la monarquía española.

blicanos"; conflicto porque en el discurso y en la simbólica ceremonial de las fiestas religiosas estaba presente el concepto de nación como comunidad que fundamenta su identidad en la fidelidad al rey y en la profesión de la fe católica.⁸ Para la fase que comprende desde mediados del siglo XVIII hasta los inicios de la Independencia, no encontramos un Estado nacional como tal.⁹ Es esta la época en que el proceso general de modernización comenzó a formular y practicar nuevas ideas y técnicas en torno a los procesos industriales y políticos generados en Inglaterra. Las reformas borbónicas iban en este sentido, pero esta política condujo a conflictos con la población colonial que se manifiestan en crisis de legitimación y problemas de participación política. Los criollos como grupo dominante de la población de origen americano, comenzaron a pensar no sólo en dimensión local o regional, sino también en un marco nacional y a desarrollar una conciencia que se expresó primero en un patriotismo cargado de emoción, al tomar conciencia del valor y potencial del territorio en el que habían nacido y pronto, en el deseo de emancipación política, ya que las condiciones dominantes no les permitían asumir una posición de influencia propia o garantizar sus propios intereses frente a España.¹⁰

Francisco Leal considera que a pesar de la extrema debilidad institucional del Estado y la ausencia de su presencia física en el territorio colombiano, se fueron desarrollando procesos ideológicos de identificación nacional en los grupos dominantes. Refiere que la contradicción entre la actividad comercial y agrícola (hacienda dificultaba los ideales de centralización), se proyectaba a nivel ideológico, al crear mecanismos de identificación nacional entre algunos grupos dominantes de las distintas regiones, sin que mediara ningún proyecto explícito de nacionalidad.¹¹ Observamos que en el caso de los estados hispanoamericanos los problemas de identidad y legitimidad representan los primeros y más fundamentales

⁸ GONZALEZ PEREZ, Marcos. Bajo el Palio y el Laurel. 20p.

⁹ Jaime Jaramillo Uribe sustenta los siguientes elementos para que exista la nación:

- Un territorio sobre el cual se ejerce soberanía y sobre el cual se tiene un cierto grado de control. En Colombia después de 1830 teníamos un vasto territorio compuesto por un mosaico de regiones geográficas aisladas debido a la deficiente comunicación.
- Una economía nacional (no solo un mercado nacional) integrada al mercado mundial a través de una economía de exportación. En Colombia solo con la aparición del café, el país vino a tener un soporte seguro para su economía exportadora.
- Una cultura común: tenemos una lengua y una religión común, pero más allá de esto, mirando hacia otros estratos comienza la diversidad (fuertes regiones con rasgos culturales propios)
- Una organización política común, es decir, para que los sectores sociales tengan intereses, derechos y valores comunes en el campo económico, social y político se necesita un liderazgo sea de una gran figura o de una elite. En nuestro caso muy débilmente y en algunas coyunturas políticas hemos tenido este rasgo. Después de la Independencia fue Bolívar quien tuvo bien claro este aspecto; pero en el siglo XIX fue Rafael Nuñez quien tuvo mayor claridad sobre el problema de la unidad nacional.

En: Aspectos Polémicos192 - 193 ps.

¹⁰ CAMACHO, Miguel. Nación y Nacionalidad. En: Historia y Espacio, No. 14. Cali, junio de 1991. 105p.

¹¹ ASPECTOS POLEMICOS.....108p.

desafíos en el proceso de la formación del estado y de la nación. El proceso de independencia colonial debió inducir el desarrollo de una ideología común en los grupos criollos, unificándolos dentro de su diversidad de actividades económicas en su interés de sacudirse el molesto dominio español. Este factor ideológico fue enfocándose lenta y progresivamente, como una necesidad centralizadora que no tenía nada que ver con objetivos nacionales, pero que sirvió como cohesionador en la medida en que "el proceso mismo de independencia iba creando los mecanismos para objetivarse".¹² La ruptura del vínculo de fidelidad a la monarquía española y el proceso de la independencia americana produjeron la desintegración del vasto imperio español y enrumbaron sus antiguos virreinos, audiencias y capitanías hacia la formación de estados independientes, sobre bases precarias ciertamente, pero que no dejaban de poseer factores reales de sustentación.

John Lynch atribuye el carácter de conciencia nacional exclusivamente entre los criollos, pues considera que las castas no demostraban un sentido de nacionalidad, "las masas solo fueron de reclutamiento y manipulación".¹³ Sin embargo, en esta época comprendida entre 1810 - 1816 fue necesario crear nuevos puntos de referencia para justificar la fundación de un sistema político propio, así como buscar un amplio reconocimiento al interior del mismo Estado.

Dentro de los factores objetivos en el camino hacia la nación encontramos en primer lugar, que a pesar del aislamiento y de las dificultades de transporte y comunicación, el territorio de la Nueva Granada poseía algunos factores de unidad. Si bien no podemos hablar para la primera mitad del siglo XIX, de un mercado nacional, si se observa entre las diferentes regiones un cierto tráfico económico; la organización burocrática del virreinato - aunque ineficiente -, mantenía un cierto control político sobre este territorio; existía una unidad monetaria (el peso de ocho reales) como base de todas las transacciones comerciales; al menos la elite dirigente poseía una cierta unidad cultural formada por la lengua, la religión y un ideario transmitido por las universidades, colegios y seminarios: jurisprudencia, teología, retórica; en contra del sistema de castas establecido en la Colonia, se había dado un activo proceso de mestizaje.¹⁴ No obstante, aunque los factores objetivos tienen gran importancia para la formación de las nacionalidades, "el elemento más esencial es una voluntad colectiva, viviente y activa", la nacionalidad es la fuente de toda energía de creación cultural y de bienestar económico".¹⁵

¹² Ibid., 203 - 204ps.

¹³ LYNCH, John. Los Caudillos de la Independencia. 202p.

¹⁴ JARAMILLO, Jaime. Nación y Región en los Orígenes del Estado Nacional. En: Revista Univ. Nacional, vol 1, Nos 5 - 6. Bogotá, Dic 1985 - Mar 1986. 9p

¹⁵ KOHN, H. Op. Cit., 11p.

Si se tiene en cuenta que el Estado - Nación en sentido moderno, como ruptura política, se relaciona con la organización de la sociedad, es en su interior en donde los grupos producen unas formas de representación que se expresan a través de símbolos como producto de una ideología o de ideologías. De esa forma, las sociedades se entregan a una invención permanente de sus propias representaciones globales, otras tantas ideas, imágenes a través de las cuales se dan una identidad, perciben sus divisiones, legitiman su poder o elaboran modelos formadores para sus ciudadanos.¹⁶ El que los criollos hubiesen adoptado los derechos humanos y los cívicos en las constituciones, al igual que la concesión de ciudadanía a los indios, nos permite ver cómo comprendieron aquellos el cuerpo de la nación: "como una asociación de solidaridad, políticamente constituida, de ciudadanos en un territorio definido en donde ya había surgido la idea de unidad nacional". Este poder político, como uno de los elementos integradores del Estado - Nación, se manifiesta a través de representaciones que se exteriorizan como pedagogía, utilizándose fundamentalmente toda clase de celebraciones festivas "para dotar de un sentido a la comunidad nacional en un intento por arraigar ciertos imaginarios que ofrecen el sentido de nación".¹⁷

PATRIOTISMO

Un temprano patriotismo neogranadino lo encontramos en el período 1810 - 1816. Fue precisamente en este momento cuando, como consecuencia de la ruptura con la "madre España", el nacionalismo tuvo que alcanzar especial significado y cuando se tuvieron que colocar nuevos puntos de referencia para lograr justificar la creación de un nuevo sistema político a fin de obtenerse su reconocimiento por parte de los más amplios grupos de la población. De manera que en esta segunda fase el nacionalismo iba dirigido hacia fuera, contra España: un nacionalismo anticolonial al que le interesaba primero la conquista de la independencia y lograr una diferenciación radical con respecto a España.

El sentido de nacionalidad que caracterizó a los criollos después de la Independencia la podemos encontrar en "un sentido de lealtad a la patria, en una creciente conciencia de identidad, y en el convencimiento de que los americanos no eran españoles. Cada individuo comenzó a identificarse con un grupo determinado y estos grupos poseían algunas de las características que definen una nacionalidad, la descendencia común, la lengua, la religión, el territorio, las costumbres y tradiciones"¹⁸ Los criollos que buscaban la independencia empezaron a llamarse patriotas, tratando de fortalecer este patriotismo con argumentos

¹⁶ GONZALEZ PEREZ, Marcos. Imaginarios en la Construcción de la Nación Colombiana. 60p.

¹⁷ Ibid., 17p

¹⁸ LYNCH, John. Los Caudillos de la Independencia. 197p.

cargados de significación política a fin de concretar la idea de construir una nación propia. Esto sucedió debido a que España no logró resolver oportunamente las necesidades de modernización, de manera que "se configuró una crisis de legitimidad y participación; la conciencia de los criollos se transformó en un patriotismo ofensivo".¹⁹

Encontramos entonces que en la Nueva Granada el patriotismo como conciencia y actitud patriótica y nacional frente a la patria, caracterizada esta última por ciertos valores y contenidos como la libertad civil, condujo a la configuración de una identidad política. Apelar al patriotismo era también una forma de movilización.

AMERICANIDAD

Dentro de la retórica política por la cual los criollos se enfrentaban con España a través de escritos políticos, artículos de periódicos, cartas particulares y oficiales, así como en las primeras constituciones, utilizaron metáforas y eslóganes que aparecieron como símbolos concretos: la metáfora familiar (derechos y deberes de la madre España para con sus hijas), la glorificación de lo indiano como símbolo de esclavitud o de libertad, y el título de ciudadano.²⁰ Jorge Orlando Melo afirma que desde la segunda mitad del siglo XVIII se encuentran los primeros esbozos de una conciencia nacional, en el momento en que aparece la contraposición de lo americano con lo peninsular o español.²¹ Este imaginario de la americanidad buscaba sus elementos constitutivos en diferentes campos como en la naturaleza, en los mitos, en la religión y el sentimiento vivido del nacimiento.²²

LA SOBERANIA

Frente a la tesis del poder absoluto de los reyes, los patriotas defienden la soberanía del pueblo. El pueblo es sujeto o depositario del poder, venga o no venga en últimas de Dios. Este poder lo transfiere mediante pacto a aquellos que lo han de gobernar, de tal manera que el poder retorna al pueblo en caso de injusto ejercicio del mismo o de usurpación. Dicha doctrina no es exclusiva de Juan Jacobo Rousseau, quien considera al pueblo sujeto último y radical del poder,

¹⁹ Esto se puede constatar claramente en los escritos de Antonio Nariño contra España, la cual califica como una madre que se ha mantenido a expensas de la hija y que no exige su filiación sino en cuento pretende heredarla. LA BAGATELA. No. 8. Septiembre 1 de 1811

²⁰ KONIG, H-J. Op. Cit., 390-391ps.

²¹ En: Predecir el Pasado: Ensayos de Historia de Colombia. Bogotá: Fundación Simón y Lola Guberek. 85p.

²² GUERRA, Francois Xavier. Modernidad e Independencias. Madrid: MAPFRE. 324p.

antes que el ginebrino, cuyo influjo en los emancipadores fue decisivo, Francisco Suárez y Juan de Mariana, entre otros escolásticos españoles se oponen a la teoría teocrática absolutista y defienden la soberanía del pueblo, aunque a diferencia de Rousseau, refieren la autoridad última a Dios²³. La confrontación ideológica en este punto se establece entre la teoría teocrática del poder absoluto de los reyes y las corrientes democráticas modernas de escolásticos e ilustrados asimiladas por los patriotas neogranadinos. En consecuencia, para estos últimos, la única fuente del poder español sobre América habría sido el contrato social o pacto entre el pueblo americano y la corona española. ¿Históricamente existió dicho pacto?, Juan Fernández de Sotomayor afirma que nunca existió, puesto que se nos exigió obediencia "sin nuestro expreso general consentimiento" y por lo mismo, nunca fuimos en derecho vasallos de España.

Las ideas demoliberales de soberanía del pueblo, de derechos humanos, la libertad, la igualdad y fraternidad, apuntaban en otra dirección radicalmente futurista: la independencia absoluta de los estados americanos constituidos en repúblicas democráticas inspiradas en los ideales de la Revolución Francesa y siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos del Norte. En este orden de ideas, los patriotas, frente a los recalitrantes realistas, llegan rápidamente a un casi unánime consenso: América democrática y republicana en su forma de estado. Pero esta forma de estado declarada ideal, por principio en la mayoría de actas independentistas y constituciones de los nuevos estados emergentes, debía concretarse en una forma de gobierno o administración que, por una parte, fuera eficaz y, por otra, consultara los intereses y peculiaridades de las regiones y provincias del antiguo Virreinato. Surge entonces la confrontación entre los hombres que lideraron la revolución, dividiéndose en federalistas y centralistas.²⁴

LIBERTAD, IGUALDAD Y CIUDADANIA

Se inició la lucha contra España y la movilización de los neogranadinos para definir los propios derechos y la creación de un estado propio, el cual debía poseer todos los aspectos positivos que le hacían falta al Estado Español: libertad, igualdad y posibilidad de desarrollo. Encontramos así, que algunos de los deseos humanos más antiguos, sus sueños, llevan consigo los problemas de la

²³ En las aulas de la universidad colonial santafereña con anterioridad a la expulsión de los jesuitas (1767) se enseñaron las doctrinas políticas de Suárez y Mariana.

²⁴ Entre los que sustentaban ideas federalistas estaban Camilo Torres y Miguel Pombo, traductor este último y entusiasta de la Constitución de Estados Unidos. En tanto que Antonio Nariño y su partido, se oponían al federalismo como una concepción unitaria y centralista del gobierno, consideraba que la soberanía era una e indivisible, oponiéndose a la existencia de estados libres y soberanos con una débil articulación al poder central sólo en materia de defensa y de representación internacional.

igualdad humana – mito que aunque sea antiguo, siempre será nuevo porque nunca se ha realizado —, la libertad y el inevitable despotismo.

Desde 1808 los criollos en la Nueva Granada empiezan a utilizar el término ciudadano entendido ya como un resultado de la Revolución Francesa, es decir, para referirse al hombre libre con derechos políticos en la vida institucional y participante como miembro de un Estado, del poder político. Durante los primeros días de la Revolución, el título de ciudadano aparecía muy pronto y cada vez más a menudo en discursos públicos, en encabezamiento y títulos de cartas, como palabra antepuesta a los nombres en los libros parroquiales.²⁵ Todas las constituciones de este período en la Nueva Granada poseían un catálogo de los derechos humanos y cívicos; así, la utilización del título de ciudadano con sus postulados de libertad e igualdad, ofrecía la posibilidad de vislumbrar la transformación política en camino hacia el Estado nacional propio.

El título de ciudadano tuvo una gran trascendencia en el sentido de que fue interpretado no solamente como derecho público, sino también en el de las categorías morales del patriotismo; ser ciudadano llegó a ser sinónimo de ser patriota, que en tanto estaba obligado a defender la patria. El análisis de las constituciones revela que los neogranadinos con el término ciudadano, no sólo implicaban el estado político sino también señalaban la conducta patriótica.

Si se mira las imágenes y símbolos nacionales (que en lo esencial reflejan el status colonial) se evidencia que los neogranadinos fundaban su orden nacional sobre la idea de la libertad política y la autodeterminación. Sus criterios básicos para la pertenencia a la nación no eran étnicos o culturales, sino los derechos ciudadanos – por ello eran aceptados como patriotas los extranjeros que aceptaban la Revolución -. La nación se entendía como comunidad de ciudadanos, aunque la realidad distara mucho de tal sueño. Los procedimientos de legitimación democrática del poder a través de los ciudadanos, se practicaba constantemente, pero el ejercicio de los derechos ciudadanos – sobre todo el derecho pasivo y activo al voto -, estaba ligado a determinadas condiciones económicas, sociales o culturales, de manera que los únicos portadores de esa legitimación serían los miembros de la elite criolla. De esta manera, la constitución de una nación de ciudadanos significó en esta fase no más que la autolegitimación de la elite criolla de latifundistas, comerciantes y empleados. En tanto que por otra parte, los valores imaginados planteados entre 1810 y 1816, siguieron actuando con posterioridad y se mantuvieron como metas en el proceso de constitución de la nación.

²⁵ KONIG, J.H. Op. Cit., 399 – 400 ps.

EPILOGO

En aras de construir conciencia nacional, la elite criolla neogranadina importó instituciones que en palabras de Hernando Valencia Villa, fueron impuestas a una realidad mestiza que ha permanecido inestable y conflictiva debido a que sus condiciones materiales no encajan dentro de las formas imperantes del Estado y del derecho; a su vez, “la escogencia forzada” del sistema republicano como forma para nuestro naciente Estado, hizo que dicha elite, además de evaluar la herencia colonial, tuviese que diferenciar entre las dos tradiciones liberales propias de la mitología política de este período: la de París y la Filadelfia.

L A GOVERNABILIDAD EN COLOMBIA

RETOS Y PERSPECTIVAS HOY

Libardo Lesmes Jiménez

INTRODUCCIÓN



ablar de gobernabilidad en Colombia es asumir una relación histórica conflictiva entre Sociedad civil y Estado. Es referirnos a la cultura política colombiana y a sus actores institucionales en medio de un Estado incapaz de traducir las reivindicaciones sociales, culturales, políticas y económicas de una sociedad heterogénea que aun lucha por trascender los rigores de la violencia, el hambre, la marginación y la exclusión.

Si bien los cambios institucionales han producido transformaciones en el régimen político colombiano, estos no logran actualizarse como debiera en los conflictos recurrentes de la vida social. Esta situación ha generado en Colombia un desequilibrio estructural en la acción gubernamental, impidiéndole al sistema político retroalimentar las demandas sociales cuando no, negarle su entrada a falta de espacios funcionales de comunicación política.

Hoy en nuestro país cuando hemos transitado de la democracia representativa a la participativa y el siste-

ma político empieza a pluralizarse, confiriéndole al ciudadano instrumentos y espacios para incurrir sobre la vida pública, la gobernabilidad cobra una nueva dimensión pero también unos nuevos retos para afrontar su crisis estructural.

En Colombia, en los últimos 20 años han ocurrido cambios significativos en el régimen político pero no podemos decir con ello que la crisis de gobernabilidad halla sido superada. Resta aún mucho tiempo, mucha voluntad y muchas acciones políticas conjuntas del Estado y de la Sociedad Civil colombiana, para empezar a reducir la brecha histórica creada a partir de la independencia entre los intereses de la clase dominante y las necesidades del resto de la sociedad

1. ¿GOBERNABILIDAD: UNA TRADICIÓN HEREDADA?

El concepto de gobernabilidad describe el equilibrio dinámico existente entre demandas sociales y capacidad de respuesta gubernamental, es decir, la condición social y política en la cual existe una adecuada relación entre el gobierno y la sociedad civil. Una relación que permite al gobierno gobernar y a los ciudadanos respetar la autoridad establecida sin recurrir a la violencia influyendo activamente en las decisiones públicas pero que «también permite a los ciudadanos mantener expectativas razonables sobre el comportamiento del gobierno en términos de la acción institucional - como demandas sociales extendidas - y respeto al estado de derecho».¹

Una de las premisas fundamentales que caracteriza la gobernabilidad democrática en América Latina es quizá el conflicto latente y no resuelto entre tradición y modernidad política.² Estas nociones que no son excluyentes constituyen en suma aspectos vitales a tener en cuenta para el análisis de la construcción de un orden político, una comunidad política y un sistema político estable, capaz de mediar en la pluralidad de intereses existente en uno y otro actor político: Estado y Sociedad Civil.

En Colombia, la construcción del Estado nacional moderno ha sido traumática. El apego tradicional de las élites criollas a los poderes locales no institucionalizados y heredados del orden colonial, marcan durante la Independencia una ruptura

¹ ROJAS BOLAÑOS, Manuel. La Gobernabilidad: su validez como categoría analítica. Citado por: VARGAS VELAZQUEZ, Alejo. Hacia la gobernabilidad democrática en Colombia a final del siglo. EN: Constitución, Gobernabilidad y Poder. UIS - U: NAL., Bogotá: 1996. Pág. 12.

² PALACIOS, Marco. La Gobernabilidad en Colombia. EN Análisis político. No. 29. Sep. - Dic. 1996. U. NAL., Bogotá. Pág. 5.

con el antiguo orden político Hispano creando un nuevo marco republicano moderno donde la Ley, la soberanía popular y la constitución entran a ser los garantes del nuevo orden social y político.

Hechos como el peso ideológico de la tradición católica en la mentalidad de los habitantes del Nuevo Reino de Granada, los precarios niveles de acumulación capitalista de los élites, las desigualdades marcadas en la distribución de los recursos políticos y sociales y el afán incontenible de las élites por suplantar el poder metropolitano además de la fragmentación territorial, la incomunicación y el déficit de gobernabilidad sostenido por la Corona en la administración de las periferias coloniales del territorio colonial Neogranadino; llevan a las élites a proclamar durante la Independencia un Estado patrimonializado a falta de su capacidad política para generar un proyecto hegemónico, que confiera legitimidad a las clases dirigentes y a los partidos gobernantes y haga de ellos representantes conocidos por toda la comunidad.

En su defecto las élites criollas privilegia el ejercicio de la dominación política, ejerciendo el control físico de la población mediante el uso legal de la fuerza*. La falta de una herencia sólida de instituciones políticas del período colonial y el esfuerzo por introducir en la sociedad oligárquica latinoamericana del siglo XIX instituciones republicanas de clase media de Francia y de Estados Unidos, provocan en las nacientes repúblicas el auge del autoritarismo³ en la medida en que las condiciones materiales de la vida social no encajan dentro de las formas imperantes del Estado y del Derecho.

El objetivo político del Estado naciente con la Independencia centra su poder en la dominación de las élites mas no en su hegemonía y logra colocar a su servicio el capital político a falta de una hegemonía que funde una razón social que interiorizada por todos construya un orden común⁴.

Una vez ocurrida la Independencia y a falta de referentes hegemónicos para orientar el Estado, las élites dominantes encuentran en el sentimiento partidista el mejor vehículo de construcción de lo nacional. Este referente nacional o proyecto de comunidad imaginada logra desde la adhesión partidaria movilidad y

* Antonio Gramsci, establece dos funciones principales del Estado moderno. La dominación que es el control físico, corporal de la población dentro del territorio mediante medios militares y policivos y la hegemonía que es el control intelectual y moral del pueblo en la nación a través de la ideología constitucional y legal. Todo estado es siempre dominante pero un Estado puede no ser hegemónico y prevalecer por la fuerza

³ HUNTINGTON, Samuel P. El Orden Político de las Sociedades en Cambio. Paidós, Buenos Aires: 1990. P 35

⁴ LECHNER, Norbert. La crisis del Estado en América Latina. El Cid, Caracas: 1977. P 59

ascenso social permitiendo a los ciudadanos hacerse reconocibles ante el Estado y ante un territorio que no conoce, creando así las condiciones históricas para movilizar políticamente la violencia y el enfrentamiento partidista en Colombia.⁵

En Colombia esta tensión violenta del bipartidismo ha hecho traumático el surgimiento de una auténtica comunidad política y por ende ha dificultado la existencia de un régimen político eficaz con capacidad para canalizar las demandas de la ciudadanía, proporcionarles seguridad, integración, prosperidad, garantía del orden y continuidad del sistema político⁶. Por su parte la tradición clientelista promovida por el bipartidismo en sus variadas ofertas tanto social (siglo XIX) como el Estado (siglo XX), han permitido conculcar la representación política y han logrado deslegitimar la función pública del Estado.

Pero esta relación fallida y conflictiva entre sociedad civil y estado ha comenzado a cerrar filas reduciendo la brecha institucional que los separa. En los últimos 15 años se han producido en Colombia cambios institucionales tendientes a la relegitimación del régimen político y a la repolitización del país. En este orden de ideas, la constituyente de 1991, marca el inicio de un proceso político, precedido por acciones desarrolladas por gobiernos como el de Belisario Betancourt (1982 - 1986), en su insistencia de una salida negociada al conflicto con la subversión, lo mismo que el esquema gobierno - oposición propuesto por el gobierno de Virgilio Barco - en el período 1986 - 1990.

2. ENTRE EL DÉFICIT Y LA CRISIS DE GOBERNABILIDAD

Esta disociación estructural entre estado y sociedad civil ha creado en Colombia, una tensión muy fuerte entre democracia y gobernabilidad. Los cambios económicos y sociales llevados a cabo por la modernización en los últimos 15 años no han logrado ampliar las formas ni los escenarios de participación política de los ciudadanos en gran medida. A pesar de que los cambios sociales y económicos han socavado los fundamentos tradicionales de la autoridad y de las instituciones políticas, estos no han logrado crear nuevas bases de asociación e instituciones políticas que integren la legitimidad a la eficacia creando así inestabilidad.

⁵ ZAMBRANO, Fabio. Identidad Nacional, Cultura y Violencia. EN: Violencia en la región andina. Cinep - Apep, Bogotá: 1994. P 125

⁶ TORRES RIVAS, Edelberto. La Gobernabilidad democrática y los partidos políticos en A. L. Citado Por: VARGAS VELÁZQUEZ, Alejo EN: Op Cit. Pág. 13

Samuel P. Huntington, considera que el principal problema de las sociedades en cambios o en vía de desarrollo como la nuestra frente a la construcción de un orden político, radica esencialmente en el desequilibrio existente entre el atraso de las instituciones política y el rápido crecimiento del cambio social y económico.

Esta inadecuación entre modernización económica y social y la relativa parálisis institucional explican el afán incontenible de modernización del Estado en estos últimos años en el país, en un intento de sintonizarlo con las transformaciones sociales y económicas más apremiantes de la vida contemporánea. Esta situación describe para las sociedades en cambio una condición social en la cual no existe una relación adecuada entre el gobierno y la sociedad civil creando insatisfacción y desconfianza en el funcionamiento de las instituciones democráticas⁷.

Vistas así las cosas en países como Colombia las elecciones sólo sirven para aumentar el poder de fuerzas sociales perturbadoras y a menudo reaccionaria, y destruir la estructura de la autoridad pública⁸. Así el ciudadano se aleja cada vez más del Estado, no logra significarse como actor social y político constitutivo del mismo ni mucho menos siente identidad con la autoridad, con la ley y con el ejercicio pleno de la ciudadanía. Podríamos señalar entonces, que en sociedades del mundo en desarrollo como Colombia, el déficit de gobernabilidad debe entenderse en estricto no como la pérdida sino como la ausencia de condiciones para alcanzarla.

Hechos como la inexistencia o el precario desarrollo de instituciones de bienestar social, una democracia política y participación ciudadana insuficientes y un sistema de representación de intereses distorsionados hace que no aparezca un exceso de sociedad civil frente al Estado capaz de sobrecargar de demandas al sistema sino justamente lo contrario; la necesidad de fortalecerla, en el sentido literal, de vigorizar la participación popular, como condición y resultado de la vida democrática.⁹

La tensión histórica planteada en la cultura política colombiana entre democracia y gobernabilidad, debe ser entendida también desde la dimensión del poder y fundamentalmente desde el poder institucional del Estado como escenario vital de socialización de las experiencias políticas de los ciudadanos. Si bien Michael

⁷ ROJAS BOLAÑOS, Manuel. Citado por: VARGAS VELAZQUEZ, Alejo. Op. Cit. Pág. 12

⁸ HUNTINGTON. Op. Cit. Pág. 32

⁹ TOMAS RIVAS, Edelberto, Citado Por: VARGAS VELAZQUEZ, Alejo. EN: Op. Cit. Pág. 9

Coppedge¹⁰ reconoce, que mientras la democracia requiere de la representación de los grupos de conformidad al número de votos y la gobernabilidad requiere de la efectiva representación de los grupos en proporción a su poder,¹¹ ello no quiere decir que el sistema político sea incapaz de recepcionar y retroalimentar las demandas de la sociedad civil, mucho menos que la formalidad de la norma o de la ley sea asumida por el sistema político como la respuesta a los agudos conflictos de la realidad como sucede en nuestro país.

Si bien la relación existente entre democracia y gobernabilidad es conflictiva dada la competencia de lógicas (la lógica de la igualdad política y la lógica del poder), en Colombia el hecho es mucho más complejo dado que el sistema político se ha encargado más de producir poder que de legitimarlo. Se ha preocupado mucho más de tomar decisiones que de provocar acciones transformadoras en la vida social que aseguren el acatamiento de la autoridad del Estado, la eficacia en la aplicación de justicia, la garantía de la representación política, el ejercicio de los derechos y deberes, la resolución de conflictos por vías civiles y no violentas etc.

Esta coexistencia de elementos tradicionales y modernos amalgamados dentro del sistema político explican la existencia en Colombia de un déficit histórico de gobernabilidad, en la cual los desequilibrios entre el nivel de las demandas sociales y la capacidad de respuesta gubernamental cada vez se hacen mucho más frecuentes, complejos y variados*.

Lo anterior no implica propiamente que se presente una contradicción entre tradición y modernidad, sino más bien un recurrente proceso de acomodación de elementos modernos en el seno de prácticas tradicionales¹².

Esta tensión dinámica marcada por el peso histórico del bipartidismo y por las agudas contradicciones sociales han hecho posible que el ejercicio de la gobernabilidad en Colombia haya estado matizado por la acción simultánea de factores tales como el orden y la violencia.

¹⁰ COPPEDGE, Michael. *Institutions And Democratic Governance In Latin América*. Citado Por: ROJAS BOLAÑOS, Manuel. Op Cit 1994

¹¹ COPPEDGE, Michael, Citado Por: VARGAS VELAZQUEZ, Alejo. EN: Op. Cit. Pág. 17

* Antonio Comou distingue varios grados de Gobernabilidad. Entre ellos el déficit de Gobernabilidad hace alusión al desequilibrio existente entre demandas sociales y capacidad de respuesta gubernamental, en el cual los actores políticos organizados amenazan la relación de gobierno. La crisis de Gobernabilidad, en tanto hace referencia a la proliferación de desequilibrios o anomalías observadas por los actores políticos organizados como intolerables.

¹² VARGAS VELAZQUEZ, Alejo. *Hacia la Gobernabilidad democrática en Colombia a final del siglo*. EN: *Constitución, Gobernabilidad y poder*. UIS - U. Nal, Bogotá: 1996. P. 19

Si bien el régimen político ha logrado fundar un sistema de partidos basado en una adscripción histórica proyectada más en función de sentimientos sociales que de orientaciones políticas (liberal o conservador) y caracterizados por una disminuida organización de sus cuadros, por la inexistencia de prácticas democráticas a su interior y por posiciones sectarias e intolerantes; los partidos políticos han logrado mediar deficitariamente entre la sociedad civil y el Estado.

Pero estas circunstancias y la falta de respuestas eficaces por parte del sistema político para retroalimentar las demandas sociales han provocado el surgimiento de nuevos actores políticos, los cuales al margen del estado y con el recurso de la violencia han buscado romper con el estatus quo de la democracia forma para hallar respuesta a sus necesidades.

Francisco Leal Buitrago considera que las tensiones del paso de la sociedad precapitalista tiene en Colombia su momento más dinámico en la violencia de los años cincuenta (1946- 1965). Acepta así que el Estado Colombiano ha sido tradicionalmente débil y precario, pero señala que esta debilidad era antes compensada y disimulada por la omnipresente cobertura de los partidos tradicionales, que respondían así a una sociedad atrasada y precapitalista.¹³ Hoy las cosas han cambiado.

El carácter oligárquico de la democracia colombiana (Propio de una sociedad precapitalista) ha impedido de manera permanente producir al Estado respuestas eficaces. El sistema político del bipartidismo por basarse en una mediación clientelista entre Estado y sociedad no ha permitido la modernización que el Estado requiere para adecuarse a la sociedad capitalista. Esto se debe a que sólo puede expresar las demandas sociales susceptibles de convertirse en votos y no puede cobijar otras expresiones de poder que surgen hoy de la diversificación y expansión de los intereses del capital.

Este carácter oligárquico ha logrado que el bipartidismo dirija un Estado precario y débil, incapaz de monopolizar la coacción legítima de la fuerza como precepto institucional y recurso de autoridad para la garantía y el ejercicio del gobierno. A su vez, ha llevado a muchos ciudadanos a expresarse al margen del Estado asumiendo en el mayor de los casos el atributo de las armas, muy a pesar de que las transformaciones introducidas al régimen político Colombiano intenten modernizarlo.

¹³ LEAL BUITRAGO, Francisco. Citado Por: GONZÁLEZ, Fernán. *Tradición y Modernidad en la Política Colombiana*. EN: *Violencia en la Región Andina*. Cinep - Apep. Bogotá: 1994. Pág. 61

COLOMBIA: POR UNA GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA

El desarrollo de la constituyente y de la constitución de política 1991 surgieron en medio de una situación generalizada de crisis de legitimidad del régimen político y de las forma de acción política existentes en la sociedad colombiana. Estos desarrollos anteriores sumados a la elección del nuevo congreso postconstituyente (1992) demostraron que la crisis era mucho mas profunda de lo que se creía.

Para el periodo postconstituyente, los partidos políticos reforzaron su poder tradicional a través de la fragmentación de listas y del manejo estratégico de los renglones, mientras que grupos y movimientos cívicos presentados como fuerzas renovadoras desde la constituyente empiezan a manifestar comportamientos políticos similares al de los partidos liberal y conservador.¹⁴ Se trataba sencillamente de llegar al poder pasando por encima de los cambios introducidos al régimen político o si eran tenidos en cuenta, era tan solo para pensar creativamente en la manera de obviarlos o superarlos bajo el amparo de una nueva norma.

Así como la constitución introdujo cambios sustanciales para la modernización del Estado y las costumbres políticas, ella en sí misma no podía transformar radicalmente las condiciones de gobernabilidad existentes en Colombia. La Constitución de 1991 entró a alterar el curso de los acontecimientos económicos, políticos y sociales mostrándole al Estado y a la sociedad civil espacios públicos de encuentro y confrontación civil impidiendo así el recurso de la violencia.

Hechos como la crisis del bipartidismo y la corrupción generalizada, el auge del narcotráfico, la radicalización de grupos armados de justicia privada y la regularización del conflicto subversión - Estado; plantearon al sistema político la apertura de espacios de concertación y diálogo para superación de dichos conflictos. La constitución de 1991 abrió la esperanza de construir en Colombia un nuevo pacto de gobernabilidad en donde el equilibrio dinámico entre demandas sociales y capacidad de respuesta gubernamental fueran los imperativos de acción política

La gobernabilidad, entendida como el estado de equilibrio entre intereses sociales e intereses gubernamentales, se ubica en el horizonte de una relación existente entre el sistema político y su entorno o ambiente, es decir, la sociedad, evitando cargar a uno de los términos de la relación de gobierno con el peso por

¹⁴ GONZÁLEZ, Fernán. EN: Op Cit Pág. 61

mantener adecuadas condiciones de gobernabilidad.¹⁵ De este modo eficacia gubernamental y legitimidad social se combina positivamente en un círculo virtuoso de gobernabilidad, garantizando la estabilidad del sistema político.

Todo lo anterior implica repolitizar la sociedad y socializar la política colocando en el primer lugar de la acción política y social la estrategia de negociación que es por la esencia la lógica de la acción política y de la acción democrática.

En este orden de ideas debemos entender que gobernabilidad implica hoy "la posibilidad de que los gobiernos puedan transformar el poder potencial de un conjunto de instituciones y prácticas políticas en más capacidad explícita para la definición e instrumentación de políticas públicas"¹⁶. Pensar en construir una gobernabilidad democrática en cambio es considerar a todos los actores relevante y su poder relativo y hacer compatibles estos poderes con la representación propia del proceso electoral democrático, es decir la de las mayorías. Se trata de combinar la lógica del poder o de la gobernabilidad con la lógica electoral o de la democracia.¹⁷

Es vital entonces, convocar a través de reformas políticas a todos los sectores sociales excluidos de las dinámicas del desarrollo y a todos los actores armados marginados de institucionalidad manifiesta por el sistema político, para interlocutar con ellos en escenarios democráticos y proponer estrategias que permitan la vinculación de los primeros a las corrientes de ofertas sociales que fluyen del sistema político y a los segundos, su inserción a la vida civil como actores políticos influyentes.

Hablar de gobernabilidad democrática en Colombia, es partir de reconocer que existen grupos importantes de la sociedad con capacidad para desestabilizar el sistema político. Si bien el conflicto armado no es el único factor generador de violencia si ocupa un lugar preponderante debido al hecho de que hace posible el surgimiento de nuevas formas de violencia.

Los grupos armados con su poder militar han podido crear legitimidades parciales y locales en algunos territorios apartados del país, tal es el caso de los grupos paramilitares y grupos subversivos, los cuales actuando con objetivos diversos,

¹⁵ CAMOU, Antonio. Hacia la Delimitación del Gobernabilidad Democrática. Seminario Taller Sobre la Gobernabilidad Democrática. Finca el Noviciado, Cota - Cundinamarca. Colombia. 10 -11 Octubre de 1996

¹⁶ MAYORGA, René Antonio. Introducción al libro Democracia y Gobernabilidad Citado Por: VARGAS VELAZQUEZ, Alejo. EN: Op. Cit. Pág. 18

¹⁷ VARGAS VELAZQUEZ, Alejo. Op Cit Pag 39.

pero con criterios de acción similares, intentan suplantar el poder político del Estado y representarlo como depositarios del monopolio legítimo de la fuerza.

Las consideraciones hechas anteriormente hacen de estos actores armados en Colombia protagonistas del evento de considerar una propuesta real de gobernabilidad democrática...

Pero para lograrlo es necesario que el sistema político enfatice mucho más procesos de democratización que de modernización. No basta con democratizar el régimen político, es preciso también la democratización de la sociedad Colombiana permitiéndole mayores espacios de encuentros y participación de intereses a la pluralidad de actores políticos que demandan una mayor representación así se hallen en la periferia o al margen de la vida institucional legal. Una gobernabilidad democrática deberá incluir la modernización de las instituciones políticas en consonancia con las transformaciones sociales y culturales más sentida de la Sociedad Colombiana.

Sin duda no es un trabajo nada fácil, es una tarea progresiva que corresponde a toda la Sociedad Colombiana en su conjunto orientada fundamentalmente desde el estado como el agente socializador por excelencia de las experiencias políticas de los ciudadanos. En esta medida la sociedad civil tiene que volcar sus intereses sobre los asuntos públicos para que asuma responsabilidades políticas de cara a la gestión social del desarrollo. Hay que crear entonces unas nuevas reglas de juego dentro del sistema político, hay que reinventar un nuevo país, crear una nueva conciencia política y hacer funcionales los espacios de comunicación política, para hacer públicos los intereses sociales e institucionales y crear las condiciones civiles que garanticen la resolución de los conflictos sin recurrir al uso de la violencia.

Pero todos estos hechos frente a las vicisitudes ocurridas durante la campaña presidencial de Ernesto Samper han abierto notorias fisuras para el ejercicio de la gobernabilidad democrática en Colombia, debido fundamentalmente a la infiltración de dineros del narcotráfico. Este hecho ha provocado una deslegitimación de su gobierno, y por ende ha puesto en entredicho el desarrollo de sus políticas públicas viéndose confrontada la ética con la apertura social y democrática de su programa de gobierno.

En el plano internacional las repercusiones también han sido notables debido a los señalamientos hechos por el sistema internacional (en cabeza de Estados Unidos), al Gobierno Colombiano, impidiéndole un buen desarrollo de su gestión política a este nivel.

Si bien la constitución de 1991 introdujo reformas al régimen político colombiano, tendientes a la democratización de las costumbres políticas, la realidad ha mostrado que a pesar de dicha modernización política siguen influyendo sobre el estado y sus decisiones factores premodernos tales como la voluntad particular de grupos delincuenciales (narcotraficantes), que a cambio de prebendas económicas (financiación de campañas políticas) logran afectar decisiones gubernamentales en favor sus intereses.

Finalmente, la constitución de 1991 marcó históricamente el inicio de un proceso largo pero sostenido de reacomodamiento político, social y económico de la sociedad colombiana. Allí se enmarcaron los derroteros vitales que posibilitaran desde el estado una nueva gobernabilidad democrática en donde el peso histórico de la cultura política ira cediendo para dar lugar al dialogo y al reconocimiento político de múltiples actores que insisten hoy en actuar por las vías de hecho a faltas de garantías para participar y obtener beneficios del Estado conforme a derecho.

BIBLIOGRAFIA

Ricardo Sánchez, Alejo Vargas Velázquez, Leopoldo Munera, y otros Constitución, Gobernabilidad y Poder. Universidad Industrial de Santander - Universidad Nacional. Bogotá 1996

VALENCIA VILLA, Hernando. Cartas de Batalla, Instituto de Estudios Políticos, CEREC, Bogotá. 1987

HUNTINGTON, Samuel P. El Orden Político de las Sociedades en Cambio. Paidós. Buenos Aires, 1990

Fernán González, Fabio Zambrano, Alejo Vargas Velázquez, Ramón Jimeno y Otros. Violencia en La Región Andina. CINEP - APEP Bogotá, 1994

CAMOU, Antonio. Hacia la Delimitación del Concepto de Gobernabilidad Democrática, Seminario Taller Sobre Gobernabilidad Democrática. Finca El Noviciado, Cota- Cundinamarca. Colombia, Octubre 10 - 11 de 1996.

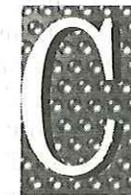
LEVANTAMIENTO DEL CADAVER:

APROXIMACION TECNICA LA DILIGENCIA

**Carlos Cortés Caballero y
Walter R. Cadena Afanador**

*"Pensar es más interesante que saber,
pero menos interesante que mirar".*

Johann Wolfgang von Goethe



Consideraciones generales sobre el levantamiento del cadáver; se precisan las etapas a seguir para que sea completa la diligencia; se hacen consideraciones sobre el papel del legista y las autoridades. Se elabora una lista del instrumental requerido. Se revisa la normatividad vigente. Se adicionan algunos formatos que se consideran importantes en este acto.

1. INTRODUCCIÓN.

1.1 GENERALIDADES.

El número de muertes provocadas en la ciudad de Bucaramanga es más alto de lo que el común de la gente cree. Estigmatizada con el mote de "Ciudad Bonita", Bucaramanga aparece ilusoriamente ante nuestros ojos como un paraíso de remanso y paz en medio del galopante nivel de criminalidad y barbarie que campea por toda Colombia; pero este espejismo se desvanece crudamente cuando somos víctimas en car-

ne propia de un atraco a plena luz del día, cuando presenciamos "en vivo" el asesinato de una persona, o cuando acudimos al funeral de un ser conocido que murió alevemente por alguna forma de violencia. Solo cuando somos víctimas, sentimos que la realidad es un poco más cruda de lo que creíamos.

En el ambiente jurídico, el examen de los delitos "contra la vida y la integridad personal", tal como los denomina el Código Penal de 1982, se empiezan a tratar e investigar desde el momento en que se cometen, es decir, en el mismo sitio donde se realizó el hecho o acto punible y preferiblemente, de manera inmediata al momento en que se haya cometido el actio criminis. Esta es una premisa básica y fundamental dentro de toda investigación criminal. Al respecto, el médico Alfonso Quiroz Cuarón, en su libro "Medicina Forense" nos indica que desde antiguo, los criminalistas han establecido lo que se denomina como "los siete puntos de oro" de la investigación criminal, que permiten afirmar que, cuando se han encontrado las respuestas a cada uno de ellos, el caso está aclarado. Los siete interrogantes son: ¿Qué sucedió? ¿Quién es la víctima? ¿Cuándo ocurrió el hecho? ¿Dónde ocurrió? ¿Cuándo sucedió? ¿Con qué se cometió? ¿Por qué sucedió?

Ante esta situación, los estudiantes de Derecho se encuentran en una posición ambigua y confusa: saben -o creen saber- lo estipulado en los Códigos, es decir, lo que dice la norma y su correspondiente procedimiento, su aplicación procesal; pero muy pocos están en condiciones de llevar a cabo la labor de investigación e indagación de los indicios y hechos desde el mismo momento de ser cometido el delito. Esto se evidencia mas en los casos de Homicidio, Suicidio y Muerte Accidental: el estudiante de Derecho, por lo general, NO SABE HACER UN LEVANTAMIENTO DE CADÁVER, ni escudriñar acerca de los hechos materiales que se encuentran presentes en estos casos.

No son solamente los estudiantes de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga; se trata de una carencia muy generalizada en todas las Facultades de Derecho del país. Esto se debe primordialmente a dos factores: primero, desatención de quien enseña -ya sea en la Universidad, por parte del catedrático encargado-; y segundo, desinterés del estudiante, quien cree errónea y confiada-mente que eso solo concierne a los médicos forenses y que a él nunca le corresponderá afrontar una diligencia de tales características, pues "existen otras personas que deben hacer eso". Quizás tengan razón algunos estudiantes: en la vida práctica nunca asistirán al levantamiento de un cadáver; pero cuantas veces no hemos visto a estudiantes de Derecho que concluyeron materias, entre ellas Medicina Legal, -la cual aprobaron sin siquiera haber conocido un cadáver- y pasan a hacer la Judicatura en un pueblo de nuestro país, y los inauguran con

la eventualidad de hacer un Levantamiento. Aquél pobre estudiante-cuasi-titulado que pensaba en el Despacho Municipal del pueblo acerca de su futuro Postgrado en Derecho Privado o Derecho Público que haría en Bogotá, recibe este incidente sin saber que hacer y se halla de plano con una realidad que le pareció improbable.

Así no les toque nunca en su vida atender una diligencia de este tipo, qué pierde un estudiante de Derecho con saber como se debe realizar el levantamiento de un Cadáver?. Absolutamente nada, y en cambio si gana mucho.

Con este fin se escribió el presente artículo, que pretende de manera metódica y práctica servir de guía considerando los factores y aspectos que conciernen a la diligencia de levantamiento de cadáver.

1.2 CONCEPTO

Para entrar a definir lo que implica el levantamiento de cadáver, debe recordarse que de acuerdo con el Decreto 2363 del 25 de julio de 1986 se denomina cadáver "al cuerpo de una persona a quien se le ha diagnosticado muerte cerebral". A su vez, se entiende por persona fallecida "aquella que legalmente ha dejado de existir para convertirse en cadáver". El mismo decreto, en el artículo 9 define la muerte cerebral como el "fenómeno biológico que se produce en una persona cuando de manera irreversible se presenta en ella ausencia de las funciones del tallo encefálico", manifestadas por la ausencia de respiración espontánea y de reflejos del tallo encefálico.

El Levantamiento de Cadáver consiste en la inspección minuciosa del occiso, del lugar y de las circunstancias que lo acompañan.

Al respecto, nuestro Código de Procedimiento Penal en su artículo 259 dice que "mediante la inspección se comprobará el estado de las personas, lugares, los rastros y otros efectos materiales que fueren de utilidad para la averiguación del hecho o la individualización de los partícipes en él. De ella se extenderá acta que describirán las manifestaciones que hagan las personas que intervengan en la diligencia. Los elementos probatorios útiles se recogerán y conservarán".

1.3 CARACTERÍSTICAS

Sin lugar a dudas, el principal elemento que caracteriza el levantamiento de cadáver, es la existencia de un cadáver. Aunque suene tonto, casos se han visto

de iniciación de levantamientos de "cadáveres", que después de la verificación médica rutinaria se ha constatado que la persona aún presentaba débiles señales de vida. A propósito, el escritor Frank Smyth nos relata la historia de una persona que quiso ser objeto de un levantamiento:

"Un supuesto suicida empleó cierto tiempo considerando qué camino seguiría para su autodestrucción, y finalmente, se decidió por lo que consideró como un plan infalible. Escogió para ahorcarse la rama más robusta de un árbol que sobresalía en la escarpada cara de un acantilado.

Sin embargo, para evitarse cualquier tipo de dolor, ingirió una considerable dosis de opio puro, y por si esto no fuera suficiente, cargó una pistola para llevarla consigo.

En el lugar escogido, ató una cuerda en torno a la rama y pasó el otro extremo alrededor de su cuello y saltó, sujetando la pistola sobre su cabeza. Desgraciadamente, la pistola se disparó, cortó en parte la cuerda, y la sacudida de su cuerpo partió los últimos cabos.

Cayó quince metros y se sumergió en el mar el cual estaba turbio, tragó bastante agua salada y vomitó el opio ingerido, antes de nadar hacia la orilla, prometiéndose no volver a tratar de suicidarse".

Además de la existencia de un cuerpo, para su correcta práctica se requieren:

- equipo adecuado con los elementos necesarios,
- personal calificado y cualificado, y
- apoyo eficaz y coordinado de los demás grupos que integran la policía judicial.

2. METODOLOGÍA

2.1 QUIENES PRACTICAN EL LEVANTAMIENTO

En Colombia los encargados de llevar a cabo los levantamientos de Cadáver son el C.T.I. (Cuerpo Técnico de Investigación) y la SIJIN. Cuando por fuerza mayor no pueden concurrir ninguno de estos dos organismos a realizar la diligencia, como ocurre algunas veces en pueblos apartados, esta función queda delegada en cabeza del alcalde o del inspector de policía, si se trata de una inspección. En el

evento en que no puedan asistir los miembros del CTI, el inspector o alcalde, recae dicha responsabilidad en el Juez de la población y como último recurso se acude al Personero.

La Fiscalía es el ente que se encarga en Colombia de coordinar la tarea instruccional e investigativa; para ello cuenta con el valioso aporte de innumerables entidades de carácter oficial que ejercen funciones de policía judicial.

Con respecto a la diligencia de levantamiento de cadáver, esa función era realizada por el CTPJ (Cuerpo Técnico de la Policía Judicial), pero con la creación de la Fiscalía, dicha entidad pasó a denominarse CTI (Cuerpo Técnico de Investigaciones). El CTI en asocio con el DAS (Departamento Administrativo de Seguridad) se encargaron de realizar dichas diligencias hasta mediados del año de 1996, fecha en la cual se determinó que el CTI seguiría encargándose del Levantamiento de Cadáveres y para ello le colaboraría, en lugar del D.A.S., la SIJIN. Hasta el momento estas dos entidades son las que se encargan primariamente de realizar estas diligencias.

En Bucaramanga, el Servicio Metropolitano de Investigación es prestado por el CTI y la SIJIN de manera alterna cada día. En el resto del departamento de Santander existen Cuerpos Técnicos en San Gil, Socorro, Oiba, Barrancabermeja, Málaga, Charalá.

2.2. PERSONAS QUE INTEGRAN EL EQUIPO PARA EL LEVANTAMIENTO

El CTI, adscrito a la Fiscalía General de la Nación, trabaja de forma análoga a la SIJIN.

El Cuerpo Técnico cuenta con diversas áreas para su funcionamiento:

1. La Unidad de Reacción Inmediata
2. La Unidad de Levantamientos
3. La Unidad de Denuncias
4. La Unidad de Delitos Varios
5. La Unidad de Capturas
6. La Unidad de Automotores
7. La Unidad de Delitos Financieros.

La SIJIN cuenta con dependencias similares que trabajan en colaboración con el CTI, exceptuando la Unidad de Delitos Financieros, área de trabajo exclusivo del CTI.

Las personas que integran el equipo de Levantamientos son seis (6) y son las siguientes:

1. Un Fiscal. En el CTI de Bucaramanga hay cuatro (4) fiscales en el día, cada uno con su respectivo turno, los cuales se alternan diariamente y vuelven a laborar rotativamente cada dos días.
2. Dos investigadores. Se encargan de verificar las circunstancias y aspectos que hacen viable y necesaria la intervención del Cuerpo Técnico.
3. Tres técnicos. Un planimetrista, un fotógrafo y un dactiloscopista.

Tanto los investigadores como los técnicos rendirán para el día siguiente un informe de carácter preliminar al fiscal encargado. El fiscal puede autorizar la ampliación del lapso a dos días más si el caso lo amerita.

La ley no hace obligatoria la asistencia del médico a las diligencias de levantamiento, pero su presencia sería muy importante. Si bien el fiscal es acompañado por dos investigadores y tres técnicos, como ocurre en el CTI de Bucaramanga, esta colaboración no es suficiente. Tanto los investigadores, como los técnicos dan un aporte muy valioso dentro de la investigación, pero su función es, al fin de cuentas, de policía judicial; más técnica que la que prestan las fuerzas de apoyo que acordonan y salvaguardan el área, pero en el fondo son funciones de policía judicial. En cambio, el apoyo de un médico en el sitio de ocurrencia de los hechos sería para el fiscal vital; daría luces a las inquietudes que tenga y ofrecería la alternativa de una opinión diferente con la que podría intercambiar hipótesis y conjeturas.

Así como es provechoso para el fiscal el contar con un médico en este tipo de diligencias, también sería para el médico forense de gran utilidad el estar en el lugar de los hechos para tener una impresión real del suceso y así tener una certeza mayor acerca de las circunstancias en que se cometió y que podrá constatar al momento de hacer la necropsia.

Considerando que es de gran provecho para la adecuada aplicación de la justicia el que durante la etapa de instrucción se utilicen todos los medios disponibles para ello; consideramos que en Colombia debiera considerarse como obligatoria la presencia de un médico durante la inspección de cadáver. Esto no se resume simplemente en que cualquier persona sea nombrada como médico técnico y acu-

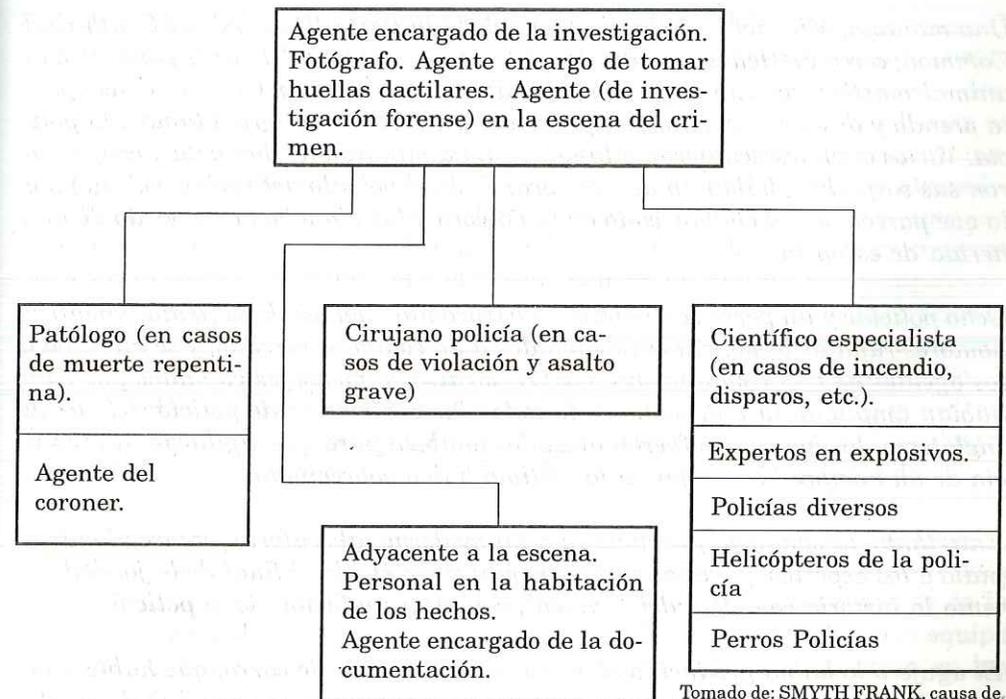
da a las diligencias. Se debe contar con un personal calificado y disponible para ello; ocurre que en muchos casos el médico que asiste a una levantamiento, realiza su labor con premura y sin aplicar todos los sentidos en la valoración de la inspección.

Esta labor podría ser realizada por el equipo de médicos que laboran en el Instituto de Medicina Legal, haciendo que cada médico dedique un día específico a esta labor, haciéndose para ello una idónea rotación de turnos.

Son aspectos que se pueden mejorar para hacer más completo el trabajo que se realiza en los levantamientos.

Hay países que cuentan con un amplio y muy bien estructurado equipo de personas y materiales para realizar los levantamientos de Cadáver. El siguiente es el Staff con que contaba el Reino Unido hace tres décadas y comparándolo con nuestro actual equipo da cierta envidia; fue diagramado por un instructor de la Real Escuela de Formación de Policía.

ESCENARIO DEL CRIMEN



Tomado de: SMYTH FRANK, causa de muerte.

El contar con un amplio y muy variado equipo de personas y recursos para la práctica de los levantamientos de cadáveres es el ideal de todo los sistemas forenses, criminalísticos y judiciales del mundo; pero no es sinónimo de infalibilidad, siempre existirá un margen de error, ya que en últimas la justicia es de hombres, porque si fuera de dioses no existiría justicia. Para ilustrar ese grado de equivocación que envuelve a la ciencia forense, Frank Smith vuelve a ilustrar este artículo con uno de sus muy acertados y gráficos relatos:

“El municipio rural de Henley, situado a orillas del río Támesis, en Buckinghamshire, es un lugar pacífico, conocido principalmente por su regata anual, durante la cual los muchachos, con sombreros de paja y chaquetas deportivas, acosan a las damas, recatadamente vestidas, con fresas y champagne mientras observan el esfuerzo de los remeros bajo el suave sol inglés. Si tuviera que cometerse un crimen en Henley, debería ser orquestado por Agatha Christie... Sin embargo, en junio de 1978, la policía de la cuenca del Támesis estaba convencida de que tenía entre manos un brutal asesinato, muy poco acorde a la naturaleza idílica del lugar, a pesar de que la manera en que había sido descubierto era digna de una novela policiaca.

Una mañana, Michael Crossland, dueño de la hostería “Drovers”, de South End Common, cerca de Henley, salió a dar de comer a su cabra “Henry”, y encontró al animal masticando una vieja chaqueta deportiva. El señor Crossland recuperó la prenda y descubrió con horror que estaba cubierta de sangre. Llamó a la policía. Varios oficiales acudieron a la taberna, examinaron la chaqueta y confirmaron sus sospechas; había un agujero grande en el bolsillo del pecho, rodeado por lo que parecía ser el chamuscado de la pólvora y las manchas rojo pardo de una herida de escopeta.

Ocho policías y un perro rastreador registraron las tierras de la fonda, mientras hombres-rana de la policía eran enviados a un estanque cercano, y se alertaba a los agentes de tres condados vecinos. Al mediodía, mensajes enviados por telex habían ampliado la red, incluyendo todas las comisarías de policía del sur de Inglaterra; los hospitales fueron avisados también para que vigilaran la presencia de un hombre herido, por si la víctima había sobrevivido.

Entretanto, la chaqueta fue enviada a un moderno laboratorio forense, donde se pidió a los expertos que analizaran las manchas. Hacia el final de la jornada se tenía la historia completa del “crimen”, con gran confusión de la policía.

El agujero lo había producido el ácido de una batería de carro, que había reaccionado con el tinte del tejido, volviéndose rojo pardusco; las pruebas muestra-

ron que, con toda probabilidad, algunos mecánicos la habían utilizado mientras trabajaban en la batería y habían tirado después la estropeada chaqueta.”

2.3 INSTRUMENTOS Y ELEMENTOS NECESARIOS

El creador de los equipos de instrumentos necesarios para el levantamiento de cadáver fue sir Bernard Spilsbury. A este singular británico se rinde un ferviente culto de admiración dentro de los estudiosos de la ciencia forense. Sus dictámenes eran precisos y sus opiniones en los tribunales eran contundentes; no sin razón muchos abogados y críticos de principios de siglo se quejaron continuamente de que el sólo hecho de que apareciera sir Spilsbury en un proceso podía influir en el resultado del caso. Incluso sus enemigos admiraban su minuciosidad en una autopsia. Examinaba cada centímetro del cuerpo por todos lados, antes de abrirlo; y su cualidad para observar leves indicios que nadie más hubiera podido advertir a simple vista se hizo legendaria. Se cuenta que una vez, durante una exhumación, sir Bernard se inclinó sobre el féretro cerrado, deslizó su nariz a lo largo del borde, y exclamó “Arsénico, caballeros”.

Pero su principal legado al mundo fue la invención del “necesar del crimen”. Para el año de 1924 fue llamado para el caso Mahon, en el cual el epónimo había asesinado a Emily Kayne y había cortado su cuerpo en pequeños trozos y después los hirvió (no se determinó si era para hacer un estofado). Spilsbury se dirigió al escenario del crimen y se quedó horrorizado al encontrar al superintendente de la policía local sosteniendo con sus manos desnudas aquellos aterradores despojos. No solo se ponía en peligro la salud del superintendente, sino que era probable que aquello hubiera destruido alguna prueba. Spilsbury, después de averiguaciones, descubrió que el cuerpo policial no contaba con equipo especial para examinar el lugar del crimen. A partir de allí se preocupó por solventar esa carencia mediante un equipo para el efecto. Conjuntamente con el doctor Scott Gillet desarrollaron el “necesar del crimen”, un maletín que contenía cosas como guantes, cinta métrica, lupa, taponés, regla, fórceps, bolsas para muestras, escalpelo, tijeras y otros instrumentos. Al poco tiempo, el “necesar” fue adoptado por los más importantes cuerpos de policía e investigación del mundo.

El Cuerpo Técnico de Bucaramanga esta bien dotado en cuanto a aparejos y utensilios necesarios para la debida práctica del levantamiento de cadáver; pero esas mismas condiciones no son posibles encontrar en todos los rincones de la geografía nacional. Aparatos como cámaras digitales, necrodactilias o el equipo para la práctica de la prueba de absorción atómica solo se encuentran en las capitales de departamento y en algunas poblaciones de mayor importancia a

nivel provincial; pero en el resto de municipios existe una absoluta carencia de herramientas. A pesar de los enormes progresos de la ciencia y de la técnica, aún se ven en los pueblos de nuestra Colombia imágenes que rayan entre lo patético y lo pintoresco; aquellas imágenes del doctor con su pequeño y rudimentario maletín en el cine del lejano oeste, aún son apreciables hoy en día cuando observamos que el forense a falta de un bajalenguas le solicita a la dueña de casa una cuchara, mientras saca de un bolsillo las dos únicas herramientas con que cuenta: una vieja pero eterna linterna "águila" y un cartabón de sastre.

Existen ciertos instrumentos que son esenciales para el levantamiento de cadáver y que debido a su accesibilidad, debieran ser implementados como obligatorios en todas las alcaldías e inspecciones de policía del país. El siguiente es el contenido básico de todo "neceser" para los levantamientos y que comúnmente se llaman "loncheras":

- Tabla de apoyo
- Equipo para la toma de muestra de sangre: frascos, tubos de ensayo, portaobjetos y jeringa
- guantes de caucho
- mascarillas
- linterna
- batas
- pinzas metálicas
- bolsas plásticas
- tizas
- aplicadores
- lupa
- bisturí
- metro
- formatos de actas para levantamientos de cadáver y para informes técnico de tipo preliminar.

Al final del artículo se han anexado los esquemas que sirven de formato para las diligencias que se practican en el área metropolitana de Bucaramanga.

3. LA DILIGENCIA EN SÍ

Dentro de la práctica de levantamiento de cadáver se pueden diferenciar cuatro momentos o fases, que si son seguidos con esmero y presteza, harán de la diligencia un completo éxito, y reportarán grandes beneficios para la investigación judi-

cial; pero se sabe que a veces falla la misma necropsia en el aporte de pruebas y conceptos, lo cual no le permite al funcionario investigador formarse una idea clara sobre la situación que se le plantea, por no ser este peritazgo de optima calidad, como lo afirmamos en un artículo previo.

Se debe seguir un orden lógico: primero debe salvaguardarse el lugar de los acontecimientos para después inspeccionarlo; luego se procede a hacer la toma de muestras; hecho esto, se revisa la ropa del occiso, y por último se procede a examinar externamente el cuerpo.

3.1. EXAMEN DEL LUGAR DEL SUCESO Y LOS ALREDEDORES.

Es importante que desde el primer momento en que se conozca del hecho, se tomen las medidas conducentes a resguardar el lugar del suceso y todos los elementos y objetos que en él se hallen; esto evitará la pérdida o alteración de indicios y pruebas que puedan ayudar a esclarecer los hechos. Para ello se deben tener dos premisas fundamentales:

- Retirar a todas las personas extrañas a la justicia, y
- evitar que toquen el cadáver, las piezas de convicción, las huellas, los objetos, etc.

Esta labor debe ser eficaz y hecha de manera coordinada por los organismos que tengan funciones de policía judicial.

Dentro del examen del lugar se deben abarcar tres aspectos primordiales:

- a) observar el estado de orden o desorden y las condiciones de los muebles y objetos;
- b) buscar las piezas de convicción, tales como armas o instrumentos, frascos y recipientes sospechosos, aparatos de iluminación, medicamentos, estupefacientes y sustancias tóxicas, y todo objeto de apariencia insignificante;
- c) huellas indicadoras; es decir, las impresiones digitales, huellas de dientes, huellas de pasos, huellas de hurto, huellas de un vehículo, etc.

Las manchas deben ser observadas con detallada atención, pues la mayor parte de ellas son de procedencia orgánica, tales como manchas de orina, fecales, de esperma, manchas obstétricas, manchas de sangre. Estas últimas deben ser revisadas con más detenimiento, dejando constancia de su forma, su tamaño y

características de su contorno; para determinar su altura, su caída, su origen (arterial o venoso). Son aspectos muy técnicos, que solo pueden ser corroborados con la presencia del médico en el sitio del suceso, que como ya acotamos en la sección 2.2., hace necesario implementar en nuestra legislación su asistencia obligatoria en estas diligencias.

Cuando el equipo de levantamientos cuenta con instrumentos para la dactiloscopia y material para la identificación, es en esta etapa que debe hacerse. Primero se deben tomar las impresiones en los diferentes sitios que comprenden el lugar del suceso y luego si se debe concentrar en las impresiones en el occiso, pero esto ya comprende la segunda fase de la diligencia, cuando se realiza la toma de muestras.

La misma situación acontece cuando se deben identificar las diferentes ataduras, empaquetaduras y nudos que se encuentren en el lugar. Cuando se trate de ahorcamiento es importante estudiar la clase de soga que se utiliza y el tipo de nudo hecho, para dar luces acerca de su autor y determinar si es viable que lo haya podido hacer el occiso en vida, o si fue hecho por otra persona; puede llegar a presentar un carácter profesional muy significativo.

Si el cadáver se encuentra amarrado o empaquetado, se debe examinar con detenimiento las características de su realización y de su estado actual. Por ejemplo, si se encuentra mordaza combinada a la atadura no excluye la hipótesis de una falsa agresión. Todos estos son aspectos muy importantes que sirven como marco de referencia para la investigación judicial.

3.2. TOMA DE MUESTRAS

De la conservación y protección de las muestras depende el éxito de investigaciones posteriores, y para ello el legista debe estar preparado para salvaguardarlas y examinarlas.

Se debe empaquetar separadamente las piezas de convicción en papel o bolsas adecuadas, rotularlas, inventariarlas y dejarlas a buen recaudo; para ello se debe aplicar de manera correcta lo que estipula el art. 256 del CPP acerca de la cadena de custodia.

Se debe realizar la toma de muestras de sangre del individuo usando el instrumental necesario para ello. Si se trata de manchas frescas de sangre, se debe utilizar un papel de filtro para colocarlas en el portaobjetos o usando aplicadores; si se trata de sangre seca, se debe raspar con la cuchilla de un bisturí y se guarda en un tubo de ensayo.

3.3. EXAMEN DE LOS VESTIDOS

La revisión de la ropa del cuerpo proporciona dos clases de datos: elementos relativos de la identidad de la víctima y aspectos de orden judicial.

Se debe anotar el estado en que se encontraba el cadáver: vestido, semidesnudo o totalmente desnudo.

También se debe observar el tipo material de las prendas, la marca, la talla, el color.

En conclusión, son dos aspectos que el investigador deberá que tener en cuenta:

1. Observar el estado de orden o desorden en que se encuentren;
2. Verificar que el compromiso coincida con las lesiones.

3.4. EXAMEN EXTERNO DEL CADÁVER

Quien practica este acto culminativo del levantamiento, debe limitarse a registrar sus observaciones simplemente, sin tratar de especular.

Es el perito médico a quien corresponderá determinar las causa de la muerte, tiempo aproximado de la misma y de analizar los demás hallazgos y correlacionarlos para contribuir a dejar un concepto claro y técnico para esclarecer la situación planteada. Por ello nos abstenemos de hacer consideraciones que pertenecen más al campo de la Tanatología y los tratamos solo de forma general. Podrán resumirse así:

1. Posición del cadáver, no solo respecto con los puntos cardinales, sino también teniendo en cuenta como se halla el cuerpo con relación a la superficie que le sirve de apoyo: decúbito, supino, prona, decúbito lateral, etc.
2. Presencia de líquidos: sangre u otras sustancias extraídas por los orificios naturales.
3. Signos de violencia: registrarlos totalmente con sus características de tamaño, forma, localización y de su posible, causa de las mismas.
4. Examen minucioso de las extremidades, buscando indicios del agresor.
5. Temperatura respecto con el medio que lo rodea.

6. Anotar si el cuerpo se halla en estado de rigidez o flaccidez, total o parcial.

Una vez observado el cadáver en su aspecto anterior hacer lo propio, por sus caras laterales y posteriores.

En casos de putrefacción, anotar además el tipo de fauna cadavérica que predomina, especificando su color, tamaño y otras características que ayuden a su identificación para cotejarlas con el tiempo.

4. MARCO LEGAL

Como en otros aspectos jurídicos, la regulación normativa de el levantamiento de cadáver en el régimen penal colombiano se encuentra disperso, lo que hace que para los profesionales del derecho y de las ciencias forenses su búsqueda sea dispendiosa y ardua. Por esta razón se ha hecho una recapitulación de algunas de las disposiciones legales mas importantes dentro del ámbito de la inspección judicial.

Primordialmente, sobresale el **art. 259** el cual hace referencia a la procedencia del levantamiento de cadáver o de la inspección judicial, expresión que usa nuestro Código Penal:

Mediante la inspección se comprobará el estado de las personas, lugares, los rastros y otros efectos materiales que fueren de utilidad para la averiguación del hecho o la individualización de los partícipes en él. De ella se extenderá acta que describirá detalladamente esos elementos, y se consignarán las manifestaciones que hagan las personas que intervengan en la diligencia. Los elementos probatorios útiles se recogerán y conservarán.

Cuando se vaya a realizar una inspección se informará al ministerio público con el fin de que ordene la presencia de uno de sus agentes, si lo considera pertinente.

El **art. 260** del CPP hace referencia de los requisitos formales o procesales que deben tenerse en cuenta en este tipo de diligencias; el **art. 261** del CPP trata de las operaciones técnicas y científicas, las cuales podrán ser ordenadas por partes del funcionario judicial para lograra una mayor eficacia de inspección, requisa o registro.

El **art. 310** del Código de Procedimiento Penal enuncia qué servidores públicos ejercen funciones de policía judicial:

1. La policía judicial de la policía nacional.
2. El cuerpo técnico de investigación de la Fiscalía General de la Nación y todos los servidores públicos que integran las unidades fiscales.
3. El Departamento Administrativo de Seguridad

Ejercen funciones especiales de policía judicial:

1. La Contraloría y la Procuraduría General de la Nación.
2. Las autoridades de tránsito en asuntos de su competencia.
3. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control.
4. Los alcaldes e inspectores de policía.

La **Resolución número 088 de marzo 12 de 1993**, por la cual se expide el manual de policía judicial, es uno de los principales marcos jurídicos de referencia para el tema de estudio.

El **capítulo II ordinal 4** de dicha resolución, trata de las funciones y enuncia que la policía judicial para el cumplimiento de su función, acatando las garantías constitucionales y legales, desarrollará diversas actividades; entre ellas, la que contempla el **literal F numeral 6**, esto es, practicar la inspección de cadáveres.

El **capítulo III** de la Resolución 088 se refiere a las diligencias judiciales y en el **literal G** se refiere a la inspección de cadáver:

Dentro de la investigación previa, las unidades investigativas de policía judicial, además deben:

1. Practicar debidamente la inspección de cadáver y ordenar la correspondiente necropsia.
2. La inspección de cadáver es una diligencia técnica, en la que se busca establecer el estado del cadáver, sus huellas, rastros o señales que contribuyan a esclarecer los hechos. En esta diligencia se pueden deslindar tres etapas, una vez comprobada la muerte:

- a) El estudio del lugar de los hechos;
- b) Descripción del estado de las prendas de vestir, y

c) El estudio del cadáver.

El **capítulo IV** que especifica acerca de los procedimientos para diligencias judiciales, tiene en el **literal C** indicaciones muy importantes en cuanto al levantamiento de cadáver:

La inspección está encaminada a comprobar el estado de las personas, lugares, rastros y todos los efectos materiales que sean de utilidad para la averiguación del hecho.

Cuando se trata de la inspección de la escena del hecho, deberá realizarse siguiendo las indicaciones contenidas en el capítulo V, esto es:

- a) Vigilancia especial de las personas, muebles e inmuebles.
- b) Aislamiento, acordonamiento y sellamiento.
- c) Inmovilización de medios de transporte.
- d) Incautación de documentos, libros o papeles.

Para la práctica de la inspección se debe tener en cuenta

1. En la investigación previa no se requiere providencia que la ordene.
2. Cuando haya orden judicial, ésta debe expresar los puntos materia de la diligencia, lugar, fecha, hora y funcionario que la va a realizar.

El **literal Ñ** del mismo capítulo es uno de los apartados normativos más importantes que tiene la legislación colombiana respecto a la inspección de cadáver:

En la inspección de cadáver en lo posible debe asistir el fiscal respectivo. La unidad investigativa de policía judicial que se desplace al lugar de los hechos tiene todas las atribuciones legales para realizar esta diligencia.

Al llenar el acta de levantamiento, el investigador debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. Identidad de la víctima.

Las fuentes de conocimiento sobre la identidad son:

- a) documento de identidad. En lo posible debe efectuarse cotejo entre la huella que aparece en el documento de identidad y la necrodactilia en el lugar de los hechos;

b) identificación dental del occiso, con la asistencia en lo posible de un odontólogo, y

c) testimonios.

2. Determinación de edad aparente.

3. Descripción morfológica y señales particulares. (Se verifica una vez retiradas las ropas del cadáver).

Esta descripción debe incluir:

- a) El sexo del cadáver, edad aproximada, estatura y peso;
- b) Desarrollo muscular;
- c) Color de los ojos;
- d) Raza;
- e) Condición de la piel;
- f) Cabello;
- g) Dientes;
- h) Estudio y descripción de las manos y uñas;
- i) Cualquier amputación o de enfermedades aparentes del cuerpo;
- j) Señales particulares. El investigador debe buscar evidencias y cualquier marca que ayude a esclarecer la ocupación del occiso, y
- k) Restos esqueléticos.

4. Tiempo y circunstancias de la muerte

5. Descripción del lugar

Se debe efectuar la identificación y descripción general del lugar teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- a) Si la víctima murió en el lugar o fue trasladada;
- b) Presencia de elementos o evidencias relacionadas con la muerte;
- c) Presencia de manchas, sangre o fluidos corporales;
- d) Existencia de desniveles en el piso;
- e) Si existen indicios de lucha;
- f) Presencia de medicamentos, venenos, sustancias, tóxicas, etc.;

6. Ubicación exacta del cadáver tomando como referencia dos puntos: cabeza y pies.
7. Posición y orientación del cadáver.
8. Estado de las prendas de vestir. Durante la inspección debe efectuarse un examen de la ropa y los efectos personales.
9. Fenómenos cadavéricos;
10. Descripción de las lesiones.
11. Determinación de la causa aparente de la muerte.
12. Toma de necrodactilias.
13. En lo posible se tomará carta dental del occiso con la presencia de un odontólogo.
14. En todos los casos se tomarán fotografías tanto del occiso como del interior y exterior del lugar.
15. En los casos de cadáveres NN, además de levantar el acta, se requiere llenar el formato adicional de cadáveres NN y de necrodactilias.
16. Finalmente se remite al cadáver para su necropsia a los médicos legistas, o en su defecto a los médicos en servicio social obligatorio, médicos oficiales u otros médicos nombrados y posesionados para el efecto.

El Capítulo V de la Resolución 088 tiene una detallada exposición normativa acerca de la Escena del Delito. Tan solo enunciaremos los puntos primordiales a que hace referencia:

- A. Definición.
- B. Tipos de escenas.
- C. Clasificación de las evidencias físicas.
- D. Definición de una prueba física.
- E. Preservación de las Pruebas. Modelo de Rótulo.
- G. Procedimiento en la escena que recoge la prueba.
- H. Importancia del croquis del delito.

- I. Reglas generales de la elaboración de croquis.
- J. Importancia de la fotografía de la escena del delito.
- K. Importancia de las huellas digitales
- L. Objetivos y metas de la investigación:
 - a) establecer que se ha cometido un delito;
 - b) identificación de la víctima;
 - c) individualización del responsable;
 - d) establecer el lugar y las circunstancias del delito;
 - e) localizar al responsable, y
 - f) comprobar la responsabilidad.

Así como el **art. 256** del CPP nos habla del aseguramiento de las pruebas; el **literal C del Capítulo VI** de la resolución 088 de 1993 hace una clara referencia a la cadena custodia, elemento primordial dentro de la recolección de pruebas y su salvaguarda.

El **Decreto 2699 de 1991** es de gran importancia dentro del marco legal que rodea al levantamiento de cadáver; por este decreto se expidió el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación. A pesar que su carácter es netamente orgánico y estructural, hace una clara referencia a ciertos aspectos que conciernen a la inspección de cadáver, como es lo concerniente al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, y al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Son también destacables:

- a) la **resolución 2721 de 1994, art. 6** el cual se refiere al apoyo del Cuerpo Técnico de Investigación;
- b) la resolución 0073 de 1992, art. 1 por el que se incluye al director de la DIJIN dentro de la conformación del Consejo de Policía Judicial;
- c) la **Circular 11 de 1993** de la Fiscalía General de la Nación, la que hace referencia a los procedimientos para la investigación de atentados terroristas, colocando a la diligencia de levantamiento de cadáver como la Fase 4.

Existen otras disposiciones legales que regulan este tipo de diligencia, las cuales usted podrá encontrar diseminadas a lo largo de nuestra Legislación.

5. CASO PRACTICO DE INVESTIGACIÓN.

Ya como colofón al presente artículo, transcribimos un caso práctico tomado del libro "Medicina Legal Judicial" escrito por el médico francés C. Simonin, y que nos ilustra acerca de la importancia investigativa del levantamiento o inspección de cadáver, como primer acto de aproximación que tiene la Justicia y el Delito.

Fitzgerald, un joven de 17 años que vive en una casa campestre, murió en el patio de la casa a las 8:15 a.m., ya que a esa hora se oyó el disparo por los familiares y vecinos. El joven se había levantado como de costumbre a las 6 a.m. a cumplir con la tarea que se le había destinado; desayunó a las 7:30 a.m., como habitualmente lo hacía, en el comedor, donde se encontraba el fusil con el que acompañaba por la tarde a su padre a cazar.

Se realiza el respectivo levantamiento del cadáver y se determina que presenta un disparo de un fusil de caza, a muy corta distancia, en la región del corazón. Las indagaciones eliminan de plano la posibilidad de crimen; quedan por discutir dos opciones: las del suicidio y la del accidente.

En favor del suicidio está el que el disparo ha sido hecho de cerca, en la región del corazón. Pero este solo elemento no es suficiente para afirmar que hubo suicidio; otras consideraciones necesarias no se encuentran en sitio de la muerte. Todos los datos recogidos por los investigadores coinciden en considerar que nada anormal se le había notado al joven el día de la muerte y los días precedentes con respecto a su actitud, sus propósitos, su carácter, su humor; se comportaba como siempre, cumpliendo con ardor su labor en la granja de su padre. Tampoco se le habían notado señales de tristeza o depresión. Por lo demás, el suicidio es el final de trastornos psicopáticos de los que se encuentran rasgos en los antecedentes psíquicos personales o hereditarios; el interrogatorio de los padres y la familia en este sentido ha resultado negativo.

Durante la realización del Levantamiento de cadáver se constató que Fitzgerald era manidextro, lo que no hacía normal la dirección del tiro la cual era de izquierda a derecha. Se vio que el joven había ingerido recientemente una torta al desayuno y había fumado un cigarrillo en el momento en que murió.

CONSIDERACIONES

Descartada la posibilidad del homicidio, en un principio pareciera inclinarse la situación en favor de un suicidio en vista que el disparo fue de cerca y a la altura del corazón, sitio muy frecuente en estos casos. En cuanto a la no existencia de indicios entre los familiares y conocidos respecto a la actitud del joven que acreditase un ánimo suicida del joven, es probable que este ánimo estuviera disimulado. En favor de la muerte accidental se encuentra el que el joven sea manidextro y la no concordancia a la trayectoria del tiro, lo que invalidaría la posibilidad de un disparo voluntario. Además el uso de un fusil de caza como arma suicida es muy anormal por tratarse de un arma pesada y extremadamente larga: el joven tendría que haber estirado demasiado el brazo y haber aplicado el cañón del fusil contra el tórax, y aquí el disparo fue hecha de cerca mas no a boca de jarro, tal como se verificó en el levantamiento. Además, es inusual que un suicida en el momento de cometer el acto, fume mientras se dispara.

Reconstruyendo los hechos, lo más probable es que Fitzgerald, después del desayuno, tomara el fusil y lo llevara al patio para probar allí el arma y escoger los cartuchos que llevaría por la tarde; siendo en ese momento, manipulando el fusil cuando debió haber salido el tiro, accidentalmente. Se constató que en el armario del arma existían varios cartuchos de diversos calibres.

CONCLUSIÓN

Fitzgerald ha resultado muerto por un disparo tirado de cerca, en la región del corazón, con un fusil de caza.

Se ha excluido el homicidio.

La hipótesis del suicidio no resiste la discusión.

La eventualidad más plausible es la muerte accidental.

6. ANEXOS

**INSTITUTO NACIONAL DE
MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES**
REGIONAL NOR-ORIENTE

**Formato Nacional de Acta
de Levantamiento de Cadáver**

Fecha _____ Hora _____ No. □□□□□□

Oficina _____
(Comisaría, Inspección, Unidad móvil, Alcaldía, Juzgado etc.)

Municipio _____
(Departamento, Intendencia, Comisaría)

OCCISO: Nombres _____ Apellidos _____

Sexo M _____ F _____ Edad _____ Estado civil _____ Ocupación _____

Doc. Identidad No. _____ de _____ Dirección _____ Tel. _____

Muerte: Lugar _____ Fecha _____ Hora _____

A. Vía pública C. En agua E. Hospital G. Habitación

B. Vehículo D. Campo abierto F. Establecimiento público H. Fábrica

Descripción del lugar del hecho _____

6.1 Orientación del cadáver _____

6.2 Posición del cadáver _____

6.3 Prendas de vestir _____

6.4 Descripción de heridas _____

(Si este espacio es insuficiente utilice el respaldo u hojas adicionales)

Muerte Violenta por: a) Accidente de tránsito Conductor de vehículo Pasajero

Peatón Conductor de moto Parrillero moto Arrollado por tren

Accidente aéreo Otros

b) Arma blanca Examen del arma: Para manchas Para longitud de herida

c) Arma de fuego Se recupera arma Vainilla Proyectiles

Tipo de arma _____

d) Lesiones contusas

e) Asfixia: Se sospecha estrangulación Ahorcamiento Accidental Otras asfixias

f) Intoxicaciones: Tóxico Nombre _____ Se desconoce

g) Presunto Suicidio: Intoxicación Bala Lanzamiento al vacío Ahorcamiento

Otros

h) Posible causa accidental: Sumersión Electricidad Quemaduras En el trabajo

Caidas Otros Cuál? _____

i) Recién nacidos: Sospecha de infanticidio Aborto Aborto provocado Otros

Cuál? _____

Muerte natural _____

Exámenes Sugeridos _____

ORDEN DE NECROPSIA _____

A los Señores Médicos Legistas de _____ se solicita practicar

la necropsia correspondiente al cadáver al cual pertenece la presente Acta de Levantamiento.

PRACTICO LEVANTAMIENTO: _____

(Nombre y cargo del funcionario en letra de imprenta.)

Enviado a Notaría _____

(Firma)

NOTA: Si el levantamiento ha sido efectuado en Hospital favor adjuntar copia de historia clínica.

Continúa al respaldo

POSICION _____ ORIENTACION: PIES _____ CABEZA _____

ACTA: _____

3. DESCRIPCION DE LAS PRENDAS DESNUDO SEMIDESNUDO VESTIDO

PRENDA	MATERIAL	MARCA	TALLA	COLOR	OBSERVACIONES
CHAQUETA					
SACO					
BUSO					
CAMISA					
BLUSA					
CAMISETA					
PANTALON					
FALDA					
VESTIDO					
INTERIORES					
BRASSIER O SOSTEN					
MEDIAS					
ZAPATOS					
BOTAS					
CORBATA					
OTROS					

4. DESCRIPCION JOYAS Y ELEMENTOS ENCONTRADOS

NOMBRE DE ESPOSO (A) O COMPAÑERO (A) _____

CONTEXURA FISICA:

- FRENTE** [FORMA: FORNIDO OBESO DELGADO ATLETICO
 [TAMAÑO: GRANDE MEDIANA PEQUEÑA
 [FORMA: CIRCULAR RECTANGULAR PROMINENTE INCLINADA
 [NATURALEZA: LISO ONDULADO SEMIONDULADO CRESPO LANOSO
- CABELLO** [CANTIDAD: ESCASO ABUNDANTE HORIZONTAL
 [COLOR: BLANCO ENTRECAÑO RUBIO CASTAÑO NEGRO TINTURADO
 [CALVICIE: FRONTAL FRONTOCORONARIA CORONARIA LATERAL TOTAL
- CEJAS** [FORMA: ARQUEADAS RECTILINEAS SINUOSAS OBLICUAS UNIDAS
 [DIMENSION: CORTAS MEDIANAS LARGAS DEPILADAS
- OJOS** [FORMA: GRANDES MEDIANOS PEQUEÑOS REDONDOS OBLICUOS
 [COLOR IRIS: VERDE NEGRO CASTAÑO AZULES AMARILLOS
 [DORSO: RECTO ALOMADO SINUOSO CONCAVO CONVEXO DESVIADO
- NARIZ** [BASE: HORIZONTAL BAJA ALTA
- BOCA** [TAMAÑO: GRANDE MEDIANO PEQUEÑO
 [LABIOS: GRUESOS MEDIANOS DELGADOS ASIMETRICOS
 [DENTADURA: COMPLETA PROTESIS PARCIAL PROTESIS TOTAL
 CORONAS INCOMPLETAS
- OREJAS** [FORMA: RECTANGULARES TRIANGULARES OVOIDALES
 SEPARADO ADHERIDO
- BARBA** [CANTIDAD: ABUNDANTE ESCASA NACIENTE IMBERBE
 FORMA: BIGOTE CHIVERA PATILLAS
- MENTON** [FORMA: REDONDO CUADRADO PUNTUDO FUGITIVO SALIENTE CON HOYUELO

SIGNOS POST-MORTEM:

DESCRIPCION DE ELEMENTOS REMITIDOS AL LABORATORIO _____

OBSERVACIONES: _____

BIBLIOGRAFÍA

SIMONIN C., Medicina Legal Judicial, Editorial JIMS, Barcelona, 1973
SMITH FRANK, Causa de Muerte; Editorial Planeta, Barcelona, 1983.
MINISTERIO DE SALUD PUBLICA, Decreto Número 2363 de 1986.
Diario Oficial, 1 de agosto de 1986; artículos 8 y 9.
REGIMEN PENAL COLOMBIANO, Legis Editores, Santafé de Bogotá, 1997.
ACEVEDO CLEMENCIA Y OTROS, Tesis dirigida por Carlos Cortés y Gladys Rojas, "Aspectos Criminológicos y Médico-Legales de los Suicidas del Viaducto BENJAMIN GARCIA CADENA", UNAB Facultad de Derecho, Bucaramanga, 1985.
CORTES CARLOS, Temas Socio-Jurídicos; "Control de Calidad" Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones; Diciembre de 1997.
MAZA MARQUEZ MIGUEL, Manual de Criminalística; Editorial Librería del Profesional, Bogotá 1986.
CORTES CARLOS Y ORTEGA HUMBERTO, "Juristas y Medicina". 3ª. Edición, 1996. UNAB.

APUNTES SOBRE EL ABORTO Y SU PUNICION

María Antonia Toscano de Sánchez

A PUNTES SOBRE EL ABORTO Y SU PUNICION

María Antonia Toscano de Sánchez

Propendemos por la protección de la vida desde la concepción hasta la muerte, es decir, a todo lo largo del ciclo vital.



El debate jurídico actual que se ha vuelto popular sobre la despenalización de la eutanasia, entendida como intención de poner fin a la vida o de acelerar la muerte de una persona enferma, induce a pensar en el comienzo de la vida, la interrupción de este proceso y su protección en la legislación penal.

La interrupción del proceso de gestación dolosamente provocada, con o sin expulsión del feto o producto de la concepción, pero con muerte del mismo, es el aborto o «feticidio» definido por Carrara «como la muerte dolosa del feto dentro del útero o como su violenta expulsión del vientre materno de la que se sigue la muerte del feto», por lo que podría decirse también que aborto es la muerte del producto de la concepción, provocada dolosamente.

En medicina se establece distinción entre aborto y parto prematuro, éste cuando el feto ha sobrepasado los 180 días de gestación. En derecho y para efecto de la tipicidad del aborto, de su descripción en la ley penal,

este puede provocarse desde la existencia misma del feto vivo, desde que se produce la concepción, hasta antes de iniciarse el proceso del nacimiento con el cual culmina la gestación, y a partir del cual, si se da muerte a la criatura se presenta homicidio, no aborto, porque no se está interrumpiendo el proceso de gestación. En derecho penal y para efecto del homicidio, no se hace diferencia entre «persona» y «ser humano», según que se le haya cortado o no el cordón umbilical. Una vez expulsada la criatura, así no se haya separado totalmente del vientre materno, se presenta homicidio, delito que consiste en ocasionar la muerte de «otro», y un ser nacido, es otro ser humano, así, se repite, no se haya separado de la madre. En el homicidio se destruye la vida ya formada e independiente. En el aborto se corta la gestación de una vida, se ataca la vida en formación.

Si se distinguen los procesos de fecundación y de anidación del huevo fecundado en el útero, puede afirmarse que a partir de este último momento existe el producto de la concepción. Por esta razón las maniobras tendientes a evitar la fecundación o la anidación del huevo fecundado, genéricamente llamadas maniobras anticonceptivas, no son constitutivas del delito de aborto el cual, se realiza a partir de la anidación que es cuando existe una verdadera concepción y un feto, y hasta el inicio del proceso del nacimiento.

Antes de hacer referencia a las razones por las cuales se penaliza el aborto, cabe preguntar si el aborto debe ser punible. Desde el punto de vista político y social ante el problema del aborto, se han venido enfrentando dos posiciones antagónicas que abogan la una por su no punibilidad, sobre todo cuando el aborto se realiza poco tiempo después de la concepción, y la otra por su punibilidad. Los argumentos que apoyan la primera posición son más que todo de tipo social y económico, atinentes al control de la natalidad y frente a la escasez de los recursos de vida. Se dice entonces, y este es un argumento central, que la mujer tiene libertad y derecho para procurarse su aborto por cuanto tiene facultad para disponer de su cuerpo y del feto, este es parte de su organismo, depende de ella, y como órgano de su cuerpo, es dueña de él. Además que la autolesión no es punible.

Se afirma por los sostenedores de esta tesis que los casos reales de punición del aborto son muy raros, -ocurren miles pero el delito es ocultado y callado por todos los partícipes-, que de los que excepcionalmente tiene conocimiento la autoridad, corresponden a mujeres de clases populares, a veces las menos favorecidas, en donde es mayor el índice de natalidad, y en donde por escasez de recursos acuden a comadronas o a personas inexpertas que colocan a las embarazadas en peligro grave para su vida o para su salud, y deben luego, a última hora, buscar ayuda médica, mientras que las mujeres de las clases sociales altas y económicamente pudientes, tienen recursos y pueden darse atención médica en clínicas,

inclusive especializadas. Con un criterio individualista la Corte de Justicia de los Estados Unidos, mediante fallo producido en 1973 determinó que todas las mujeres que quieran, pueden practicarse el aborto durante los tres primeros meses de embarazo, reconociéndoseles así el derecho a decidir libremente sobre la terminación de la vida del feto. La condición temporal se estableció teniendo en cuenta, que según la experiencia, durante ese lapso no corre riesgo la vida de la mujer. Fue entonces una legalización del aborto voluntario, pero siempre, y cuando se produjera dentro de los tres primeros meses del embarazo.

La otra posición la de quienes sostienen que se debe mantener la punibilidad del aborto, consideran que esta se funda en la protección de la vida, derecho inalienable, derecho supremo de los seres humanos sin el cual no puede existir ningún otro derecho, es un atributo origen de todos los reconocimientos jurídicos, y que con el aborto además del bien jurídico de la vida se lesionan los de la moralidad social, la libertad de procreación y el interés demográfico de la sociedad: «Quien ataca el proceso de gestación lesiona la forma natural de subsistencia y renovación de la especie humana, y con ello está socavando los fundamentos mismos de la existencia del hombre como ser natural y ser social». Aquí radica la razón política y la razón natural de la penalización del aborto.

Que el aborto ataca la vida, supremo atributo del ser humano, y por ello debe sancionarse, es el criterio del legislador colombiano; y que debe sancionarse no solamente cuando es realizado sin el consentimiento de la mujer, caso en el cual se vulneran dos derechos, la libertad individual de la mujer y la vida del feto, -único bien que en ese momento se le protege jurídicamente, «la vida en formación» no tiene ninguna otra defensa que el respeto que se tenga en relación con ella-, sino también cuando la mujer se provoca su aborto, o éste es realizado con su consentimiento.

El reconocimiento a este atributo está consagrado en la Constitución Nacional, así se lee en el preámbulo, «asegurar a sus integrantes la vida,...» y en el art. 11 «El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte». Con la protección de la mujer en estado de embarazo, art. 43 C.N. indirectamente se protege este bien, y específicamente, en el art. 44, cuando establece la Carta como primer derecho fundamental de los niños, el derecho a la vida.

Normas del derecho internacional, de igual manera, hacen esta consagración. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4-1, se lee: «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción...». La Convención sobre los derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, Nov. 20/89, establece en su preámbulo la protección legal para el niño, tanto antes, como después del nacimiento, normas estas que rigen en Colombia por

virtud del art. 93 de la C.N. ya que fueron ratificadas por el Congreso mediante Leyes 16/92 y 12 de 1991; y, finalmente, en el Código del Menor, D. 2737/89, artículos 4 y 5 se consagra que todo menor tiene el derecho intrínseco a la vida y que estos derechos se reconocen desde la concepción, así lo enseña también la Corte Constitucional en decisión de mayo 7/93, con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero, cuando además hace notar que si la Constitución protege la vida con relevancia, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso de formación que no solo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma, por lo que ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto este encarna un valor fundamental -vida humana- constituye un bien jurídico protegido constitucionalmente».

Para garantizar la protección de aquel derecho, para cuando él se vulnera por la acción de la mujer embarazada o de terceros, es que se sanciona el aborto, y entonces se puede responder a los que propenden por su no punibilidad que si el derecho penal busca proteger valores jurídicos y establecer un mínimo de ética, no puede el legislador, ante la agresión a uno de los valores esenciales, permitir tal acción y patrocinar un acostumbamiento moral a segar la existencia de los seres humanos. El que da muerte a un feto lesiona la forma natural de renovación de la especie humana, socava las bases mismas de la existencia del hombre, y de ahí en adelante, sin ningún freno ni inhibición se habitúa, fácilmente a la idea de matar, sin respeto por el inicio de la vida llega hasta ejercer tal actividad como una forma de explotación económica.

No es cierto que se tengan derechos ilimitados sobre el propio cuerpo. El hombre es un ser social y como tal no se pertenece a sí mismo. Nadie puede pretender que en una sociedad que quiere cumplir su cometido de posibilitar a los asociados el desarrollo pleno de todas sus potencialidades individuales y sociales, se tenga libertad para cortarse un brazo o una pierna disminuyendo o limitando sus propias capacidades y las posibilidades de aporte comunitario, con la obligación social de contribución que se tiene. «La mujer -considera la Corte Constitucional-, no es dueña del fruto vivo de la concepción, que es, en sí mismo, un ser diferente, titular de una vida humana en formación pero autónoma. Por lo tanto, no le es lícito disponer de él» (Corte Constitucional Sentencia C-013 Enero 23/97 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Que porque pocos sean los casos de aborto que llegan al conocimiento de las autoridades tampoco puede deducirse su no punición. Si debería propenderse que desmotiven las acciones abortivas con educación sexual y social adecuadas, formando a la niñez y a la juventud con responsabilidad para la libertad, con claras orientaciones sobre que la libertad sexual debe estar precedida del respeto

a los derechos ajenos y que la libertad de procreación se ejerce antes del acto procreador, asumiendo este y sus consecuencias también con responsabilidad.

Tampoco es cierto que el aborto proliferen en las clases populares. Allí, está demostrado, el índice de natalidad es mayor porque los embarazos llegan a término. Pero aun quedan defensores de la impunidad del aborto, y aquí cabe hacer notar que la víctima del delito, no va a reaccionar jamás. Los presuntos perjudicados son los actores, así que las personas no se sienten amenazadas, ni de la vindicta, ni de resultar víctimas de este crimen, por ello el temor público es casi nulo frente a otros delitos en donde el rechazo y la respuesta social son mayores como ocurre con el homicidio, por ejemplo, se propende por su sanción por la posibilidad de ser su víctima o de que toque con sus cercanos afectivamente.

Precisada la razón y la necesidad de punición del aborto, debe señalarse que han existido tres sistemas para sancionarlo. El primero, y más antiguo, es la penalización general del aborto: todo aborto, no importa la época en que se realice, y salvo cuando a este hecho punible le sea aplicable alguna norma de la parte general, debe ser castigado, sin que se demarquen casos especiales de impunidad. Este mecanismo de incriminación generalizada es inconveniente y vendría a fomentar una delincuencia de clase: donde se tenga capacidad para ocultar la comisión del delito este va a proliferar.

El segundo sistema es el llamado «de plazo». Plantea la impunidad del aborto, permite la impunidad si éste se produce hasta un determinado momento de la gestación, plazo fijado generalmente dentro de las doce primeras semanas de gestación, porque se piensa que en este lapso el embrión carece de actividad cerebral, y que no resulta peligroso para la salud de la mujer, pero, siempre y cuando sea practicado por un médico. Las críticas que se formulan a este sistema son las de que se deja en manos de la mujer la vida futura, exista o no necesidad de aborto; y por la absoluta libertad que para dar muerte al concebido tiene la mujer. Este sistema atenta contra las Constituciones Políticas que como la colombiana, protegen la vida como atributo del ser humano.

La solución de indicaciones o de casos, es el tercer sistema. Parte del presupuesto de que la vida es un bien objeto de protección y a partir del proceso de anidación, el aborto es punible, pero se indican casos excepcionales en los cuales el aborto está permitido atendiendo a particulares circunstancias del embarazo, v.gr. para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada; cuando el embarazo es fruto de violación o inseminación involuntaria; cuando el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, y por último, estaría la indicación social que sería el caso del aborto ante angustiosa situación de necesidad.

El Código Penal Colombiano asume una posición más próxima a la solución de

indicaciones. En el proyecto de 1974 otorgó atenuantes al aborto por indicación médica y social; al aborto cuando el embarazo fue consecuencia de violación; al aborto cometido por causa del grave desamparo de la mujer y propuso la impunidad del aborto terapéutico. Sin embargo, en el Código no quedó así. Allí se sanciona el aborto ya sea que se lo provoque la mujer embarazada, con ayuda de un tercero, o que ese tercero lo realice con o sin el consentimiento de la mujer, y atenúa la pena para el aborto por indicación ética, cuando el embarazo fue resultado de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial no consentida, sin que existan normas referentes al aborto terapéutico, al aborto eugenésico, ni tampoco en relación con el producido por indicaciones económico sociales.

Aquí cabe precisar: el aborto está tipificado en su forma exclusivamente dolosa, es decir solo hay delito cuando la muerte del feto se produce intencionalmente, esto es, con conocimiento y voluntad: conocimiento del estado de embarazo en que se encuentra la mujer, representación de que con la acción realizada se puede ocasionar el aborto y la muerte del feto, y con un querer ejecutar el hecho punible, lo que equivale, para el caso, a una voluntad encaminada a que el producto de la gestación muera, con o sin expulsión. No se sanciona, no está previsto como delito el aborto que se produce por negligencia o por imprudencia, es decir el delito de aborto culposo, situación esta que de presentarse y en el caso de causar daño en la salud, podría dar lugar a lesiones personales culposas cuya previsión si hace la ley penal.

Pero como todo delito tiene un móvil, una causa, o sea la razón afectiva que induce a su realización, en este caso, la causa que induce a la mujer a abortar o lo que busca el tercero con la realización del aborto pueden ser, asuntos de honor, temor a enfrentar la crianza del niño, temor al parto, repugnancia a la concepción, insolvencia económica, prejuicios sociales, temor a perder la belleza, sentimientos de venganza contra el padre de la creatura, etc, móviles que no constituyen disminuyentes de penalidad, excepción hecha del aborto terapéutico o necesario, pero que si pueden determinar, dentro de los límites de la respectiva sanción, un grado mayor de pena, v.gr. el motivo abyecto o fútil.

En la doctrina, las motivaciones han dado lugar a la construcción de las excusas de punibilidad y así se han establecido cuatro clases de abortos justificados o exculpados:

1. Por indicación médica o aborto terapéutico, el cual se denomina también «necesario».
2. Por indicación eugenésica, o sea el practicado sobre el feto portador de taras físicas o mentales. En este caso la motivación es piadosa o humanitaria y requiere el que las taras se encuentren médicamente preestablecidas.

3. Por indicaciones éticas, y

4. Por indicaciones económico sociales, motivación esta última objeto de las mayores controversias.

En el Código Penal colombiano, se reitera, no existen normas referentes al segundo y cuarto grupos. El aborto por indicaciones éticas se encuentra sancionado, aun cuando de manera atenuada, y al respecto es necesario aclarar que para que proceda la aplicación de esta pena atenuada se requiere por una parte, que los coautores tengan la misma motivación, y por otra que esté probada la delincuencia que originó el embarazo, sin que haya un plazo establecido ni para la producción del aborto ni para la formulación de la respectiva denuncia por el delito, o la comprobación de la existencia de este. La razón de la sanción es la protección que merece el feto como vida en formación el cual no tiene la culpa de su origen y sin que puede decirse que hay fetos lícitos y fetos ilícitos.

Tampoco hay norma especial para el aborto terapéutico o necesario, equiparación de acepciones que requieren distinción. Para justificar la conducta del tercero se acude a las normas de la parte general, pero para que se adecue a la causal de justificación prevista en el art. 29-5, estado de necesidad, se requiere la presencia de una situación de peligro grave que amenace la vida o la salud de la mujer embarazada, con la conclusión médica de que el camino forzado para conjurar el peligro es la práctica del aborto, es decir, que se elimina la vida del feto para salvar la vida de la madre o evitarle un peligro grave a su integridad.

Son requisitos para el aborto necesario o terapéutico:

- a. Un embarazo, es decir, la existencia de un embrión vivo, desarrollándose en el vientre materno.
- b. Que el estado de embarazo o la continuación del mismo, por si o por otra situación patológica, surja peligro grave para la vida de la mujer o para su integridad física o mental, siendo condición que el peligro sea grave, inminente, no evitable de otro forma y que no deba enfrentarse por obligación jurídica.
- c. Que la madre no haya desatado deliberadamente la situación de riesgo para precipitar el aborto o servirse de ella.

En estos casos el médico o el particular no obran con dolo, no quieren matar al feto, su propósito es salvar la vida de la mujer en peligro actual o eminente de muerte. Este peligro no puede confundirse con los riesgos normales del embarazo o del parto. Aquí estriba la mayor dificultad para justificar el aborto a través de una norma como la del Art. 29-5 del C.P. que exige existencia actual del peligro; hay que entender sin embargo que cuando prevé «peligro actual o inminente, faculta para obrar antes de que el peligro se presente pero contando con que

él vendrá inexorablemente. Por ello el aborto necesario puede hacerse para eliminar un peligro ya existente, que se está sufriendo, o para conjurar uno que se ve venir con toda seguridad y que pondrá en grave riesgo la vida o la salud de la mujer.

El art. 29-5. estado de necesidad, es causal de justificación que no requiere que ese tercero que realiza el aborto sea médico, ni que cuente con el consentimiento de la mujer. En una norma especial que legalice el aborto necesario, debería exigirse la calidad de médico para ese tercero porque es este el profesional idóneo para evaluar el peligro. El consentimiento en cambio no siempre es posible obtenerlo. Piénsese en que el médico está interviniendo quirúrgicamente: la mujer no está capacitada para dar el consentimiento y el médico no puede cerrar la herida o suspender la operación, para buscar el consentimiento de la familia; recuérdese además que se trata de conjurar un peligro actual, por esta razón debe establecerse diferencia entre el llamado aborto terapéutico y el llamado necesario, a este respecto se comparten las palabras del maestro Soler cuando dice «una cosa es el aborto terapéutico, preventivamente practicado, y a largo plazo, y otra muy distinta la situación de necesidad, ésta supone siempre una situación de urgencia expresada por las palabras «mal inminente».

Quedan por discutir algunos aspectos relacionados con la aplicación de las causales de justificación de estado de necesidad y de ejercicio de un derecho legítimo en los casos de aborto necesario y de aborto terapéutico, y con la necesidad o no, de crear normas especiales que en estrictas condiciones aborden el problema del aborto eugenésico, desde luego, sin perder de vista que «el derecho a la vida está tan íntimamente ligado al ser humano y se erige en tal forma, aún sobre la voluntad estatal, que no necesita estar garantizado expresamente en norma positiva para ser jurídicamente exigible. El sustento de su vigencia está en el derecho, no en la ley..., la vida que el derecho reconoce y que la Constitución protege tiene su principio en el mismo momento de la fecundación y se extiende a lo largo de las distintas etapas de formación del nuevo ser humano dentro del vientre materno, continúa a partir del nacimiento de la persona y cobija a esta a lo largo de todo su ciclo vital» (Corte Constitucional, sentencia C-013 enero 23/97 M.P. Dr. José Gregorio Hernández). Señala la Corte en la providencia en cita, con palabras del Papa Pablo VI en su encíclica «Humanae Vitae»: «... si no se quiere exponer al arbitrio de los hombres la misión de engendrar la vida, se deben reconocer necesariamente unos límites infranqueables a la posibilidad de dominio del hombre sobre su propio cuerpo y sus funciones; límites que a ningún hombre privado o revestido de autoridad, es lícito quebrantar. Y tales límites no pueden ser determinados sino por el respeto debido a la integridad del organismo humano y de sus funciones...». «Por ello, -sigue la Corte-, el amparo constitu-

cional a la vida de las personas no se agota en la adopción de decisiones o en la consagración de medidas legislativas, administrativas o policivas que impidan o castiguen las agresiones mortales de parte de sus congéneres, o que prevengan con miras a la conservación de la especie, las consecuencias desencadenadas por guerras, ruinas o catástrofes, sino que se proyecta necesariamente a la época que precede al nacimiento de la persona. A nadie escapa que la muerte prematura del ser humano en gestación elimina de raíz y de manera violenta las posibilidades de su futura existencia, ante lo cual el Estado no puede permanecer indiferente».

BIBLIOGRAFIA

Arenas Antonio Vicente, Comentarios al Nuevo Código Penal Decreto 100 de 1980. Tomo II Parte Especial Volumen II Temis, 1981.

Gómez López Orlando, El Homicidio, Tomo II, Temis S.A. Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1993.

Londoño Jiménez Hernando, Ponencia sobre el aborto presentada en la Comisión redactora del Nuevo Código Penal. Actas 117 y 118 septiembre 28 y 29/73.

Pérez, Luis Carlos, Derecho Penal Especial. Tomo V, Temis 1986.

Corte Constitucional, sentencia C-13, enero 23/97 M.P. Dr. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional, sentencia T-197, mayo 7/93 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

DISCORDANCIAS ENTRE LA TEORIA DEL DELITO Y LA EJECUCION DE LA PENA EN COLOMBIA

María Isabel Afanador C.

INTRODUCCIÓN



legar a establecer las contradicciones existentes entre los elementos de la teoría del delito y la forma de ejecución de la pena en Colombia, supone de una parte, reconocer que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, constituyen barreras de contención frente al poder punitivo del Estado, y de la otra, que su interpretación a la luz de los derechos fundamentales permite reivindicar una concepción democrática del derecho penal, que sin lugar a dudas encuentra soporte en la Carta Política de 1991 y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

No obstante, las garantías consustanciales a la teoría del delito, entendidas como fruto de las conquistas del derecho penal liberal, atraviesan por la peor de sus crisis, no sólo en Colombia, sino en el resto de América Latina, pues la gravedad de los problemas que aquejan a nuestro continente, ha significado que los detentadores del poder político nieguen sistemáticamente la función instrumental que el de-

recho penal debe cumplir en cualquier sociedad que se repunte civilizada.

Bajo esa perspectiva, se analizará cómo aun desde la fase de creación de leyes constitutivas de amenaza penal, pasando por su aplicación, hasta llegar al momento que mayor dolor reviste cual es su ejecución, se violan los principios elementales que caracterizan a un Estado social y democrático de derecho, porque sencillamente la democracia es un privilegio en manos de unos pocos que posibilita la manipulación del derecho según las conveniencias y la coyuntura reinantes, siempre en detrimento de los sectores marginados de la población.

1. DEL DERECHO PENAL BÉLICO Y SUS IMPLICACIONES

Cuando se trata de legitimar un sistema penal que sirve de sustento a un sistema jurídico-político opresivo como el colombiano, el Estado con todo el peso de su andamiaje, recurre a la utilización de una serie de mecanismos altamente represivos con miras a "recuperar credibilidad y consenso". En la medida en que la sociedad se divide en "amigos y enemigos" del Estado, el ciudadano del común que es seleccionado arbitraria y selectivamente por el sistema penal, debe soportar los rigores de la aplicación de un derecho penal de guerra o de enemigo frente a la realización de conductas consideradas como delictivas.

En ese contexto, como el restablecimiento del etéreo "orden público" turbado resulta ser lo primordial, se crean múltiples y diversos tipos penales que al amparo de las leyes de excepción -convertidas en legislación permanente- constituyen un espacio propicio para una mayor violación de los derechos fundamentales, pues la tipificación de conductas que no guardan relación con un derecho penal de acto, como sucedió por ejemplo con el art. 7o. de la ley 228 de 1995 ("Posesión injustificada de instrumentos para atentar contra la propiedad") -declarado inexecutable por la Corte Constitucional- contradecía abiertamente no sólo el art. 29 de la Carta, sino también los arts. 2o., 4o. y 5o. del C.P.

En otras palabras, a los no pocos infractores, se les procesó no por haber exteriorizado una conducta en el mundo fenoménico, ni por causar un daño a un bien jurídico penal, ni por querer privar de la propiedad a otro, sino por la peligrosidad que representaba llevar consigo uno de tales instrumentos, que según la voluntad del legislador merecía sanción penal, pues de esta manera se atendía efectivamente las demandas de seguridad de una sociedad azotada por la "delincuencia callejera", sin que se propusiera por los jueces encargados de conocer este tipo de ilicitud, la excepción de inconstitucionalidad, aunque en contados casos se aplicó por los estudiosos, el principio de lesividad.

Por ello, mientras subsista la confusión entre guerra y derecho penal, mientras

no se respete el principio de reserva de la ley, se maximalice el uso del poder punitivo y no existan mecanismos de participación democrática para la escogencia de bienes jurídicos tangibles que merezcan protección, toda política criminal carecerá de contenido coherente, pues la política criminal en Colombia hace parte de una escena más del espectáculo de la política general, a través de la cual se sacrifican las funciones instrumentales de la justicia penal dando prioridad a las funciones simbólicas.¹

¿Será posible que en las postrimerías del siglo XX se permita la involución del Estado de Derecho, se renuncie a las garantías del derecho penal y se prive de la libertad a las víctimas de la desidia del Estado, sometiéndolas a los rigores de una cárcel que nunca resocializará, que significará una mayor privación de derechos y oportunidades no solo para el prisionero sino para su familia?

2. LA PENA DE PRISIÓN EN COLOMBIA -UN CASTIGO SOBRE EL CUERPO DEL CONDENADO-

Si la concreción de las penas debe responder exclusivamente a lo dispuesto en una sentencia judicial, resulta claro entonces que la ejecución de la pena de prisión comporta la negación del derecho fundamental a la libertad personal, como resultado de un proceso penal a través del cual se establece que la conducta del individuo constituye un injusto típico que permite al juez afirmar la culpabilidad del autor y por lo tanto aplicar la sanción correspondiente.

Sin embargo, en Colombia es palmaria la contradicción entre la pena privativa de la libertad impuesta y la forma de ejecución de la misma, pues las condiciones degradantes e infrahumanas de las cárceles traen consigo la supresión, disminución o desconocimiento de otros derechos fundamentales que el funcionario judicial no ordenó violentar. De esta manera, la pena de prisión se convierte en un castigo sobre el cuerpo del condenado que transgrede el principio de legalidad, en cuanto se desdibuja por completo la garantía encaminada a que ningún ciudadano puede ser sometido a pena o medida de seguridad no establecidas en la ley penal vigente al momento de realización del hecho punible.

Así mismo, se contradicen entre otras normas, los arts. 1o, 2o., 12 de la C.N. y los arts. 5-2 del Pacto de San José, 5 de la Declaración de Derechos Humanos, 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como quiera que el nuevo paradigma de interpretación del ordenamiento jurídico, responde a la necesidad de dar vigencia a los derechos humanos, desde la perspectiva de los tratados internacionales

¹ MARTINEZ, Mauricio. Estado de Derecho y Política Criminal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1a. Edición, Santafé de Bogotá, 1995, p. 47.

ratificados por Colombia, en armonía con en el art. 96 de la Carta.

La Corte Constitucional, en sentencia No. T-596 de Diciembre 10 de 1992 expresó: "...La pena de prisión ...aunque causa una aflicción, no solo psíquica sino también física, no es una pena dirigida directamente al cuerpo de los condenados, como lo son por ejemplo los azotes, las mutilaciones, etc., y por lo tanto no debe ser considerada como un castigo del cuerpo...". No obstante, la experiencia demuestra que no es preocupación del Estado colombiano destinar los recursos necesarios para que las prisiones sean un espacio en el cual no se reproduzcan las carencias del hombre en libertad, por el contrario, posibilita que aquellas se acentúen, marginando por segunda vez a quienes el sistema penal atribuyó la calidad de delincuentes.

Esta realidad inocultable genera una subcultura carcelaria, de la cual participan no sólo los prisioneros sino los agentes del Estado encargados de velar por la aplicación de la disciplina penitenciaria, en cuanto dicho fenómeno es funcional al mantenimiento del statu-quo, al igual que constituye un logro para el Estado que la prisión se identifique con una especie de escuela del delito, al promover la reproducción de la criminalidad, en cuanto no aplica políticas sociales adecuadas para el cumplimiento de sus fines.

3. RESOCIALIZACIÓN: PROCESO DE NEGACIÓN DE BIENES JURÍDICOS QUE EL DERECHO PENAL APARENTA PROTEGER

Desde una óptica coherente con la realidad ha de afirmarse que la resocialización, como una de las funciones declaradas de la pena es imposible lograr, pues como lo señala el profesor Mauricio Martínez² "...aislar y resocializar son términos contradictorios. Por culpa de este aislamiento al proceso de prisionización se le asignan efectos nocivos como la pérdida del sentido de responsabilidad, de asimilación de valores diferentes, de repercutir sobre otros miembros de la familia no implicados en el proceso o la sanción, etc..."³

En ese sentido, es igualmente contradictorio que si la función instrumental del derecho penal se traduce en asegurar unas condiciones mínimas de convivencia pacífica al interior de la sociedad, el tratamiento penitenciario posibilita la violación y el desconocimiento de bienes jurídicos que el derecho penal aparenta proteger.

² MARTINEZ, Mauricio. Justicia Penal y Derechos Fundamentales. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1a. Edición, Santafé de Bogotá, 1996, p. 119.

Veamos. Se considera que la libertad sexual es tutelable penalmente; pero la cárcel como institución total propicia la realización de comportamientos homosexuales que la persona no practicaba cuando era libre; en últimas se pierde la cultura sexual, ¿entonces cómo puede exigirse que el ex-prisionero respete el derecho a la libertad sexual de sus congéneres?

Algo similar ocurre con el derecho a la propiedad, pues si bien es cierto la mayoría de la población carcelaria carece de los bienes esenciales para una existencia digna, no lo es menos que en las cárceles los guardianes incurren en actos atentatorios del patrimonio económico, cuando extorsionan a los presos que por alguna circunstancia requieren de un "servicio especial" como sería por ejemplo el traslado de patio que en la mayoría de las veces obedece a riñas. En fin, esta situación "normal" es descrita por María Tila Uribe y Francisco Trujillo⁴ en su libro Desde Adentro: "...Existen múltiples razones para esos traslados: una riña, fumar marihuana, "empeparse", robos, etc. Y como esto es de diaria y común ocurrencia, salvo casos excepcionalmente graves, todo se puede transar por dinero. Incluso se puede obtener permiso para fumar marihuana y consumir droga o licor mediante el pago de una suma de "adormecimiento" para los guardianes y patrullas de vigilancia..." Ese relato responde a la experiencia vivida por los autores de la obra citada, en la penitenciaría de la Picota.

El derecho a la igualdad es otro de los tantos negados en los centros de reclusión, por cuanto los presos se ubican en los patios según el grado de "peligrosidad" y la extracción social a la que pertenecen. Prueba de ello es que los pocos criminales de cuello blanco gozan de todas las comodidades, mientras que los criminalizados de los sectores populares soportan las penurias ligadas a la inexistencia de condiciones locativas, sanitarias, alimenticias, etc., acordes con la dignidad humana.

El trabajo es igualmente un privilegio de unos pocos en la medida en que está condicionado a la facilidad de adquirir los elementos necesarios para la elaboración de objetos con una potencialidad precaria para ser comercializados, aunado a la pérdida de la esencia del trabajo mismo, cual es servir como medio de subsistencia y factor de realización de las aspiraciones del individuo en sociedad. Más crítica aún la situación de quienes no poseen la capacidad monetaria para desarrollar las labores permitidas por el estatuto penitenciario y son forzados por las circunstancias a la ejecución de oficios tales como el aseo de las instalaciones, sin percibir remuneración alguna, pues el único incentivo lo constituye un insignificante descuento de la condena que purgan.

⁴ URIBE, María Tila. TRUJILLO, Francisco J. Desde Adentro. Editado por el Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, Bogotá, 1984, p. 220.

Lo anterior, antes que recambiar los valores, no hace más que reforzar su condición de explotados y marginados sujetos a todo tipo de vejámenes, de los cuales la sociedad es directamente responsable. Por ello el individuo se radicaliza con sentimientos de venganza y odio hacia ella, por considerar que lo ha excluido y marginado. Se cree falsamente que el individuo se inicia en la "bondad" y por su cuenta asume el comportamiento "malo" porque la sociedad es la encarnación de los valores buenos y por eso hay que recuperarle a la persona esos valores. Eso constituye sin lugar a dudas un juicio falso sobre la sociedad y en ese contexto, cualquier diagnóstico de la realidad debe partir del reconocimiento que el cuestionado es el mismo sistema penal, por seleccionar arbitrariamente a su clientela, para esconder comportamientos socialmente dañosos, cometidos por quienes pertenecen a sectores pudientes en lo económico y político.

Por otra parte las investigaciones del profesor Alessandro Baratta⁵ demuestran que la cárcel no produce efectos útiles para la resocialización del condenado, por el contrario, impone condiciones negativas en relación con esta finalidad. A pesar de esto, el objetivo de una *reintegración del condenado en la sociedad* no debe ser abandonada, sino reinterpretada y reconstruida sobre una base diferente, sin perder de vista que la mejor cárcel es sin duda la que no existe.

Dicha reinterpretación supone de una parte, que las condiciones de exclusión que soportan las mayorías sean corregidas, de manera que la vida post-penitenciaria no implique el regreso de nuevo a la marginación apta para la reincidencia, y de la otra, que el detenido deje de ser objeto de tratamiento y se convierta en agente activo del proceso de reintegración, a través de la participación en programas de servicios dentro de los cuales se involucre la educación general e incluso profesional, la materialización de servicios sanitarios de todo orden, desde la perspectiva de las oportunidades de reintegración y no como un aspecto de la disciplina carcelaria, sin perder de vista que *"Solo superando la violencia estructural en la sociedad, se puede superar la violencia institucional de la cárcel. La cárcel puede transformarse en laboratorio de producción del saber social indispensable para la emancipación y el progreso de la sociedad."*⁶

Lo dramático de la situación colombiana reclama del Estado el cumplimiento de sus fines, particularmente para evitar al máximo la privación de la libertad, pues sólo cuando ella sea socialmente útil y necesaria se aplicará sin efectos desocializadores, construyendo espacios que fomenten algún tipo de comunicación con el exterior, para facilitar una reintegración del condenado a la vida en libertad.

⁵ BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social, en Revista del Colegio de abogados penalistas del Valle, No. 23, 1991

⁶ *Ibidem.* p. 259.

La ejecución de la pena de prisión para los casos estrictamente necesarios apuntará pues a la materialización de los principios inspiradores del Estado social, democrático de derecho y pluralista, sin que sea posible entenderla *"como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal. Ello ha de suponer la libre aceptación por parte del recluso, que no ha de ser tratado como el mero objeto de la acción resocializadora de un Estado intervencionista, sino como un sujeto no privado de su dignidad con el cual se dialoga..."*⁷

BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social, en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. No. 23, 1991.

COMISION ANDINA DE JURISTAS-SECCIONAL COLOMBIANA. Concordancias y Discordancias. Derecho Internacional, derecho colombiano y derechos humanos. Grupo de Estudio Carlos E. Valencia García. Bogotá, 1991.

MARTINEZ SANCHEZ, Mauricio. Estado de Derecho y Política Criminal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1a. Edición, Santafé de Bogotá D.C., 1995.

MARTINEZ SANCHEZ, Mauricio. Justicia Penal y Derechos Fundamentales. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1a. Edición, Santafé de Bogotá D.C., 1996.

MIR PUIG, Santiago. Los Límites del Ius Puniendi. Derecho Penal General. Barcelona, 1984.

URIBE, María Tila y TRUJILLO, Francisco. Desde Adentro. Edición CSPP, Bogotá, 1984.

⁷ MIR PUIG, Santiago. Los Límites del Ius Puniendi. Derecho Penal General. Barcelona, 1984.

ALGUNOS APUNTES SOBRE LA INCIDENCIA DEL DERECHO ROMANO EN NUESTRAS INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL

Luis Francisco Casas Farfán

“Desde el punto de vista del pueblo que efectúa la recepción, aparece, que el derecho romano se incorpora a su acervo cultural como un derecho nuevo que no entra a regir como el derecho de los romanos, sino por su promulgación como derecho positivo nacional, de manera que lo recibido no son los textos romanos mismos, sino sus sistema y doctrina en razón de su excelencia y adecuación a la necesidad de un derecho propio y nacional.”

HUGO HANUSCH ESPÍNDOLA¹

INTRODUCCIÓN



Roberto Bobbio afirma con razón que el derecho debe entenderse como aquel “conjunto de normas de conducta y de organización que constituyen una unidad, que tienen por contenido la reglamentación de relaciones fundamentales para la convivencia y supervivencia del grupo social, como son las relaciones de familiares, las relaciones económicas, las relaciones superiores de poder (o relaciones políticas), así como

¹ HANUSCH ESPÍNDOLA, Hugo. Andrés Bello y la Recepción del Derecho Romano en los países latinoamericanos en materia de obligaciones y contratos. Ponencia presentada al III Congreso Latinoamericano de Derecho Romano realizado entre el 3 al 6 de agosto de 1.981 con ocasión del bicentenario de Don Andrés Bello. Universidad de Chile, Santiago. 1.981.

la reglamentación de los modos y de las formas con que el grupo social reacciona a la violación de las normas de primer grado o institucionalización de la sanción, y que tienen como fin mínimo el impedimento de la sanción consideradas más destructivas del conjunto social, la solución de conflictos que amenaza, si no son resueltos, con hacer imposibles la propia subsistencia del grupo, la consecución y el mantenimiento, en suma del orden social y la paz".²

Desde luego, la concepción de derecho privado deberá circunscribirse al ámbito conceptual aludido atrás, pues al fin y al cabo no es sino una especie que se distingue de otras, con las que comparte el mismo género, en cuanto se interesa por aquellas relaciones familiares y ciertas relaciones económicas que, como lo decía el jurisconsulto Ulpiano, concierne a la utilidad de los particulares³. Por supuesto, el derecho civil, por antigüedad y contenido, resulta ser por antonomasia la rama del derecho privado.

De manera que hablar de instituciones de derecho civil es hacer referencia a ese compendio de preceptos jurídicos que se relacionan entre sí en forma tal que componen un todo orgánico, permanente en el tiempo y del cual se deriva una serie de relaciones interpersonales, bien de contenido familiar, bien de contenido económico, pero que de todos modos harán referencia a un interés privado y que se tienen como válidos en un contexto social determinado.

Serán pues, a manera de ejemplo, instituciones de derecho civil la familia, la propiedad privada, conceptos que además de tener un referente social, esto es, una "realidad viviente", son sujetos de una reglamentación que, siendo coercitiva, bien puede denominarse jurídica.

Nuestras instituciones de derecho civil tienen un contenido que se ha venido formando a través de los siglos de historia de nuestra sociedad, es producto de esa vivencia, sino fuere así, la reglamentación que, como se advirtió, es propia de la institución, sería enteramente caduca, existiría formalmente un cuerpo normativo que no sería capaz, por moderno o sistematizado que fuere, de permear nuestra propia realidad.

Desafortunadamente no ha resultado extraño en nuestro contexto el que se hayan "importado" legislaciones foráneas que, si bien es cierto reglan instituciones similares e incluso llamadas de idéntica manera a las nuestras, no corresponden a nuestra propia dinámica social, razón por la que terminan como un mero cú-

²BOBBIO, Norberto y MATTEUCCI, Nicola. Diccionario de Política, 4. edición. México. Siglo veintiuno editores. 1.985.P. 508. op. cit por NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Sexta edición. Editorial Temis. Santa fe de Bogotá. 1.995. P 5.

³ Cfr. NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Sexta edición. Editorial Temis. Santa fe de Bogotá. 1.995. P 11.

mulo de normas "vírgenes" que ninguna utilidad tienen, salvo la de servir de materia prima para teorizaciones sin aplicación práctica, manía común cuando se toma el derecho como objeto y no simplemente como instrumento.

Pues bien, cuando se observa la forma como un intérprete, llámese juez o abogado, explora en el viejo derecho romano para extraer al fin una máxima, un principio con el que da sentido a una norma enmarcada dentro de una institución de derecho privado, puede a priori, e ingenuamente, pensarse que se está cayendo en un academicismo que contiene el yerro anotado, es decir, que se efectúa un estudio que no obedece a nuestra propia realidad y que, en consecuencia, resulta malsano a la hora de resolver un conflicto real. Nada mas alejado de la verdad, pues el derecho romano es ante todo una fuente que, por mediata que fuere, no resulta extraña a nuestro contexto jurídico ni social.

Dicho en otros términos, la incidencia del derecho romano en nuestras instituciones de derecho civil es de tal trascendencia que sin aquel resulta trunco el ejercicio hermenéutico que se pueda hacer respecto de éstas.

La afirmación anterior descansa en dos bases:

1. Nuestras instituciones de derecho privado son producto de una evolución que tiene en sus primeras etapas la sistematización que les diere el antiguo pueblo romano, circunstancia que impide desconocer aquel, pues sería tanto como desconocer la fuente, la génesis misma de la institución.
2. La vivencia misma del derecho romano⁴ contiene una evolución de instituciones de derecho privado que alberga concepciones jurídicas universales que resultan aplicables a distintas épocas y realidades.

1. EL DERECHO ROMANO FUENTE MEDIATA DE NUESTRA LEGISLACIÓN CIVIL.

No puede desconocerse que nuestra cultura esta circunscrita en los patrones occidentales que, a su vez, se sientan, a manera de trípode, en el pensamiento griego, la tradición jurídica romana y en el cristianismo.

De los tres cimientos merece particular atención para este escrito el que se refiere a la tradición jurídica romana, esto es, a la concepción jurídica que tuvo en particular un pueblo que se desarrolló en un espacio, básicamente la cuenca

⁴ Sobre el concepto de Vivencia del derecho romano Cfr. VALENCIA RESTREPO, Hernán. Derecho Privado Romano. Editorial Temis. Santa fe de Bogotá. 1.986. p 19-117.

mediterránea, y en un tiempo determinado (753 A.C.-565 D.C)⁵.

Indiscutiblemente, la expansión del imperio romano, lato sensu entendido, que conllevó a la imposición del idioma latín, de las costumbres y concepciones de un pueblo, el romano, a otros muchos que le eran sometidos (pax romana), contribuyó al fortalecimiento y arraigo en gran parte de Europa, coincidentalmente en la que luego tendrían asiento las potencias mundiales, del derecho romano.

Por supuesto, el ordenamiento jurídico romano se vio también influenciado por las concepciones particulares de los pueblos vencidos. Atención especial merece el caso del pueblo griego, recuérdese no mas como Hermógenes de Éfeso tuvo una incidencia directa en el trabajo de los decenvirus romanos que terminaría con la promulgación de la legislación pilar de Roma: la ley de las XII tablas.

Es la época de formación del derecho romano un lapso bien prolongado, enriquecido, como se dijo, en la medida en que se iba expandiendo la idea de Roma, pues el ordenamiento jurídico primitivo, aquel que reglaba un pueblo agrícola, sedentario e incluso insignificante, no podía aplicarse estrictamente a un contexto en el que la urbe (imperium romanum Orbis terrarum), vencedora de pueblos como Cartago, Egipto o las Galias, se perfilaba como una potencia militar y marítima que sustentaba su riqueza conforme a los dictados del modo de producción esclavista.

El Derecho arcaico, rígido por excelencia, que tenía, como todos los pueblos de la época, su fuente principal en la costumbre, en los sacramentalismos, en donde ius y fas apenas empiezan a distinguirse, debe irse abriendo poco a poco para poder cubrir una serie de realidades y fenómenos que le eran desconocidos en principio pero que pasan a ser cotidianos: el manejo del ager publicus, las relaciones negociables entre presentes y entre ausentes, los mandatos...

Es entonces cuando el derecho romano empieza a sistematizar principios, no como resultado de profundas elucubraciones y abstracciones, tan comunes entre los griegos, sino como resultado de un sentido pragmático que acompañó a ese pueblo descendiente de Eneas.

Es la época de los grandes jurisconsultos: Paulo, Mucio Escévola, Modestino, Sabino, Ulpiano, Papiano, Servio Sulpicio Rufo o el propio Gayo, que dieron tal tratamiento al saber jurídico que se establecieron las bases de las instituciones de derecho civil como los contratos, las obligaciones, la propiedad, la posesión, conceptos que empiezan a ser abordados con la finalidad de delimitarlos en sus

⁵ Fecha de la Muerte de Justiniano. Creemos, tal y como lo expone HERNAN VALENCIA RESTREPO en su Derecho Privado Romano, que con la muerte del emperador justiniano concluye la vivencia del derecho romano, no obstante que continuaría su historia el Imperio Romano de Oriente hasta la caída de la ciudad de Constantinopla en el siglo XV.

alcances, con una técnica envidiable que ha permitido que la posteridad, cuando tiene necesidad de referirse a ésta época, la llame derecho clásico.

Irrumpe el cristianismo en Occidente, empieza la decadencia del imperio romano y con este ocaso viene también el freno del ímpetu creador del jurista. Empieza el respeto hacia lo ya creado, se observan las doctrinas elaboradas por los viejos y se empiezan a organizar estas, aparecen en consecuencia las primeras codificaciones (Teodosiano, Gregoriano y Hermogeniano), las leyes de Citas y la monstruosa, bien cabe ese calificativo, compilación ordenada por el emperador Justiniano y en la que Triboniano tendría un papel importantísimo.

La fase del derecho romano denominada posclásica es relevante en la medida en que permitió condensar, comparar y reunir conceptos jurídicos de los clásicos en obras de tal magnitud que permitieron que, pese a los siglos, se conociese la labor creadora de los grandes juristas.

Es durante este tiempo cuando la jurisprudencia, iura, es compilada en el digesto o pandectas; cuando las constituciones imperiales, ius, se aglutinan sistemáticamente en los dos códigos justinianos, y cuando se elabora un manual para la enseñanza del derecho, institutas, obras todas las cuales componen junto a las novelas e incluso a las quinquaginta decisiones, el que sería llamado corpus iuris civiles justiniano.

Muere Justiniano, muere la labor compiladora, muere el poderío de Roma. Pueblos bárbaros ocupan el occidente y en Oriente Bizancio se empieza a "desoccidentalizar".

En efecto, lo que era conocido como imperio romano de occidente es ahora tierra ocupada por visigodos, ostrogodos, hunos, galos, en fin, una infinidad de pueblos que sin tener la misma tradición y características del ordenamiento jurídico romano, si tienen problemáticas similares y, lo que resultaba mas importante, un sentido práctico aun mas acentuado que los llevó a tomar lo que estimaban que era bueno tomar para mantener el orden en sus reinos. En consecuencia se recoge el derecho romano que se aplicaba ya en forma consuetudinaria por el pueblo que, siendo ayer el centro del mundo, ahora era considerado el vasallo de los nuevos jefes.

Aunque en un comienzo se trató de separar el derecho aplicable a los romanos de aquel que era aplicado a los "bárbaros", lo cierto es que la convivencia terminó por fundir lo uno con lo otro.

La iglesia por su parte crecía en poderío e influencia sobre los reyezuelos vencedores. Las ideas cristianas se arraigan en el pueblo, el latín no deja de ser el idioma oficial del clero, estamento que se constituye durante todo el medioevo en

la clase culta, en los eruditos que siguen guardando y recitando junto a los salmos, pasajes de las obras justinianas.

Aparece en su esplendor la escolástica, caracterizada por la sumisión del pensamiento y el respeto al principio de autoridad, circunstancias que precisamente no hacen extraño, y por el contrario justifican, el que se tomase el *corpus iuris justiniano* como algo similar a un libro sagrado del derecho, que a los sumo podía ser objeto de ciertas anotaciones y comentarios (escuela de los glosadores y posglosadores) que, sin alterar el sentido, si "actualizaban" las máximas a las realidades que se vivían en aquel entonces.

Con razón se ha dicho que "el derecho romano fue adoptado por todas partes como el Derecho por antonomasia de la comunidad jurídica humana; es decir, tenía para ésta la fuerza, autoridad y tradición del Derecho Natural, y ocupó también en el plano total del pensamiento del medioevo el lugar de una ética jurídica autoritaria".⁶

Finalizando la edad media se produce lo que en estricto sentido se entiende por recepción, esto es, la cientificación del derecho romano que ingresaba a la cultura jurídica germana, fenómeno en el que el derecho romano deja de ser texto autoritario para pasar a ser, una vez más, texto vivo, aplicable a realidades concretas. Desde luego, se estaba en presencia de un texto enriquecido con los aportes del derecho alemán y de las realidades sociales que empezaban a presentarse en las postrimerías del feudalismo, coincidente con el inicio del mercantilismo, etapa previa del capitalismo.⁷

Con la formación de los estados nacionales, Francia, España, Alemania, se van estructurando en cada uno de ellos unos ordenamientos jurídicos que siendo creados bajo la influencia del racionalismo primero y luego del propio positivismo no se divorcian del todo de ese *corpus iuris civilis justiniano* que había sido recepcionado en sus respectivos pueblos.

Dicho en otras palabras, el derecho romano siguió siendo fuente principal en la que bebieron franceses, alemanes y españoles a la hora de crear éstos sus respectivas normatividades.

De manera que si se observa el trabajo de los franceses, por vía de ejemplo, concretamente en lo que tiene que ver con la elaboración de las compilaciones de costumbres de 1.453-1454, la ordenanza Montil o incluso en la redacción del mismo CODE de 1.804, no puede pasarse inadvertido que el derecho romano fue

⁶ WIEACKER, Franz. Historia del Derecho Privado en la edad Moderna. Tomado de HINESTROZA, Fernando. Derecho Civil. Primer Año. Lecturas. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1.980. P207.

⁷ Cfr. WIEACKER, Franz.... Tomado de HINESTROZA, Fernando. Op. Cit. P. 213-220

tomado a la hora de sistematizar las distintas instituciones de derecho civil. Recuérdese no más como juristas franceses como DOMAT, POTHIER PORTALIS O TRONCHET fueron ante todo romanistas consumados que veían en este derecho un prototipo que debía seguirse.

Igual conclusión se tendría si se tomara el caso alemán, incluyendo su obra culmen, el BGB, en la que fue notable la directriz trazada por romanistas reconocidos como WINDSCHEID, SAVIGNY O IHERING.

El caso español es producto de una fusión del derecho consuetudinario francés, que como se sabe es, a su vez, producto de la vivencia del derecho romano y de las costumbres de los galos; el derecho común pandectista, en el que se han tomado el *corpus iuris justiniano*, el derecho canónico y las costumbres bárbaras germanas, y del derecho español antiguo en el que no puede desconocerse cierta influencia de judíos y musulmanes.

De toda esta mezcla emergen en España obras como las siete partidas de Alfonso X el sabio, la Nueva recopilación de Felipe II y la Novísima recopilación de Carlos IV, estatutos que fueron destinados para reglar las relaciones civiles de los habitantes de las colonias españolas en América.

No obstante lo anterior, en América se vive un choque cultural. Los españoles armados de crucifijo y arcabuz imponen su cultura, pero también se permea ésta de los patrones de las civilizaciones nativas, algunas de las cuales conocieron estadios superiores e instituciones tan elaboradas como el calpulli azteca o el aylú inca.

Así mismo, en las indias se vuelve a la esclavitud, se crean la mita, la encomienda, el resguardo, figuras que necesitaban ser reguladas y que no "encajaban" dentro del ordenamiento jurídico español peninsular, razón por la que se crean leyes destinadas para esas nuevas realidades, leyes que luego serían igualmente recopiladas.

América empieza a romper sus vínculos con su metrópoli, se proclama "la Libertad de los pueblos", la "independencia", la aparición de nuevos estados que no pudiendo desconocer su propia historia terminan aceptando en materia de derecho civil aquellas normas que sólo unos días antes les "imponía" la España imperial.⁸

Lo anterior no quiere significar cosa distinta que, siendo las normas españolas

⁸ En ese sentido el artículo 188 de la Constitución colombiana de 1.821, la ley de procedimiento civil de 13 de mayo de 1.825, la ley 14 de mayo de 1.834, la ley de 29 de junio de 1.858, decreto de 20 de julio de 1.861, ley 42 de 16 de mayo de 1.865.

de derecho civil de estirpe romanística, nuestra primera legislación civil como "nación independiente" también tenía el mismo tipo de influencia.

Sólo hasta el año de 1.873 se adopta en Colombia, en la entonces Unión, un código civil que impide cualquier tipo de remisión, por supletoria que fuere, al derecho español colonial.

El código adoptado en 1.873, conocido primero en el estado soberano de Santander mediante ley del 12 de octubre de 1.858, no era otro que el código que don Andrés Bello había redactado para el estado Chileno.

Ahora bien, don Andrés Bello para elaborar su obra jurídica debió acudir al derecho romano puro, recuérdese que el autor era ante todo un romanista reconocido y que bregó durante su vida en Chile por darle al derecho romano la importancia que se merece en un pensum de derecho⁹, el derecho germano, para lo cual estudió en especial a Savigny (otro romanista), el derecho francés, en donde como se advirtió atrás también es notable la influencia del derecho romano, e incluso el derecho español que también fue influenciado por el corpus iuris civilis.

Así las cosas, puede encontrarse hoy en materia de personas instituciones como la tutelas y la curatela que fueron elaboraciones que pueden encontrarse en el digesto, la presunción, ahora legal, sobre el periodo de concepción, la conmuriencia, conceptos que no sólo no resultaban ajenos al derecho romano sino que incluso se siguen en el texto legal actual muy cerca a como fueron elaborados.

En materia de bienes, el estudio sobre los derechos reales, los iura in re aliena (dentro de la cual caen las servidumbres), la concepción de posesión y de acciones reales son creaciones ora del derecho civil romano, ora del derecho pretoriano, pero al fin y al cabo, derecho romano tomado directamente o a través de estudiosos del mismo como Savigny o Pothier.

El lo que respecta a las sucesiones, don Andrés Bello se acercó en grado mayor hacia el derecho español y al Prusiano, lo mismo que al francés en lo que condiciones se refiere, empero, no puede dejarse de lado que los romanos conocieron el testamento que se consolida como un instituto básico en el tema de las sucesiones.

Finalmente, si existe un instituto de derecho civil que se vea influenciado por el derecho romano, éste se encuentra en las obligaciones y contratos. Partiendo del mismo contenido del artículo 1602 de nuestra codificación civil en donde se recoge el principio de pacta conventa servabo y en donde es claro que en algo ayudó aquel pasaje del D 50.12.3 en el que se hace alusión a que la voluntad es el centro del sistema de las obligaciones.

⁹ Cfr. HANUSCH ESPÍNDOLA, Hugo. Op. Cit. P 18-22

Las obligaciones sujetas a plazos o condiciones, la denominación y estructuración de algunos contratos (emptio venditio, locatio conductio, el mutuum, el commodatum, la pignus datum, el depositum, el madatum, la societas), la teoría sobre los cuasicontratos, son igualmente manifestaciones del derecho romano que tienen plena vigencia en nuestro derecho contemporáneo.

2. VIGENCIA DEL DERECHO ROMANO EN RAZÓN A SU GENERALIDAD Y UNIVERSALIDAD

Una segunda razón para afirmar hoy la gran incidencia que tiene el derecho romano sobre nuestras instituciones de derecho civil es aquella referida a que aquel posee en si mismo una evolución conceptual en sus distintas instituciones y una generalidad tal, que es ajustable a situaciones o realidades distintas.

En otros términos, pese a que la realidad colombiana, por ejemplo, guarda sus diferencias con la realidad romana que vio nacer el derecho que se estudia, no puede obviarse en la interpretación de instituciones de derecho civil, pues sencillamente aporta soluciones prácticas y delimita jurídicamente éstas.

El derecho romano es, desde este punto de vista, adaptable, y esa cualidad se debe a su propia formación durante la época del derecho clásico.

En efecto, los grandes jurisconsultos romanos no efectuaban estudios complejos, abstractos, exclusivamente teóricos de instituciones de derecho, es mas, no se preocupaban de elaborar manuales o textos en los que se tratasen de "enseñar" el contenido del derecho (con las excepciones de Gayo y Justiniano con sus institutas o las de los jurisconsultos del clásico tardío); ellos sólo respondían, conforme a la equipeya, a cuestiones que se les preguntaban, no por gusto sino por constituir esos cuestionamiento verdaderos problemas prácticos.

Si se mira el digesto, esa recopilación de jurisprudencia, se encuentra el lector con casuísticas que son allí mismas resueltas.

Precisamente, esas respuestas que son dadas han sido el objeto del estudio de los romanistas a lo largo de los siglos y de allí, a manera de cantera, se han sacado una serie de máximas o principios que, por su génesis práctica, no se desactualizan ni se desactualizarán; pues al fin y al cabo, a través de la historia y mientras se siga inmerso en una valorética propia de la cultura occidental, en donde la propiedad privada es pilar fundamental, los problemas de los antiguos romanos, en esencia, son muy cercanos a los problemas a los que pueda verse enfrentado un colombiano en su relacionar común con sus semejantes.

Los grandes principios del derecho romano gozan de esa generalidad y de esa

universalidad pues son producto de la razón que busca soluciones a problemas verdaderos y reales, búsqueda que sólo tiene como directriz los tres viejos preceptos que serían sintetizados para la inmortalidad por Ulpiano: "honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere".¹⁰

Por ello, es que el derecho romano ha sido considerado unas veces como ratio scripta, otras como el mismo derecho natural, en fin, lo cierto es que se le toma como lo común, lo mínimo que debe tener cualquier sistema de derecho civil.

De otro lado, no habiendo sido los romanos teóricos en sus planteamientos, resulta que los intérpretes de estos si tratan de teorizar sobre las respuestas pragmáticas y sencillas que aquellos daban, por esa razón, es que en algunas ocasiones se despotrica, por ejemplo, del llamado voluntarismo francés y se toma como argumento la desuetud del derecho romano que se contraponen a la moderna teoría objetivista que guarda familiaridad muy estrecha con la pandectística alemana que, hasta en el nombre se evidencia, tiene raigambre romanístico.

Las divergencias en relación con el contenido de las instituciones de derecho civil se han presentado entre intérpretes del derecho romano, muy pocas veces entre creadores de dicho derecho, personas éstas que, hasta la saciedad se repite, no teorizaron, sino que apuntaron a la esencia de dichas instituciones, las cuales han permanecido hasta el presente.

Tal y como lo advertía el profesor que fuere citado ab initio de este escrito, y a manera de corolario sirva: "la recepción del Derecho Romano extraño al país en que se adopta, es un proceso que se realiza llevando a un medio de organización no romana este derecho por la calidad cultural que en sí reviste y que es adoptado por su oportunidad de adecuación a las circunstancias del conglomerado socio-político que lo acepta.

Siendo el Derecho Romano un sistema jurídico complejo su recepción nunca ha sido total, sino que principalmente se ha referido al derecho privado, en que se comporta de un modo excelente, regulando las relaciones sociales en el trato recíproco de los individuos.

La recepción no ha partido siempre de una posición de desconocimiento o ignorancia, lo que en sí sería un caso extraño, sino que en la época moderna, en muchos casos, en su forma de adopción ha servido para revitalizar la estructura jurídica ya existente que contiene en sí, antecedentes y aun bases de una influencia romana previa".¹¹

¹⁰ Vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada cual lo suyo.

¹¹HANUSCH ESPINDOLA, Hugo. Op. Cit. P5-6.

EL GRITO DE LA JUSTICIA

Sandra Yaneth Páez Leal

EL GRITO DE LA JUSTICIA

Sandra Yaneth Páez Leal

“ Yo grito que no creo en nada y que todo es absurdo , pero no puedo dudar de mi grito y tengo que creer al menos en mi propuesta. ” (1)

INTRODUCCION

D

Desde su origen, sea a través del Big Bang o de un soplo divino, el hombre se ha especializado en representar el magnífico papel del Ser Irracional; como resultado de las diferentes presentaciones tantas veces aclamadas y aplaudidas por todos, inclusive por los inmortales y siempre venerados dioses, es normal que un concepto como el de justicia nunca haya existido. Colombia no ha sido la excepción; en este país abundan los seres irracionales, o, por lo menos existen muchos actores a quienes representar este codiciado papel es parece de lo más interesante; es más, lo han convertido en el eje de sus vidas, en el motor de los latidos de su corazón; entonces es normal, que ocurran las cosas que ocurren, lo que debe asombrarnos mejor, es que exista aún el concepto de ser; ya que por lo general, el concepto termina convertido en su negación .

Partiendo de esto, y pensando en “ **La Justicia para el tercer Milenio** ” (del cual, a lo sumo yo viviré 60 años) se hace urgente para el presente y no para el futuro, pensar en lo que ha sido la justicia, lo que debe ser, quién ha de darle aplicabilidad a dicho concepto y si efectivamente es posible que se de; empecemos por lo primero:

QUE HA SIDO LA JUSTICIA?

La justicia según las diferentes afirmaciones de los magníficos sabios que nos ha dejado de herencia el tiempo, ha podido establecerse como: Un valor espiritual,(2) cumplimiento de normas,(3) el valor jurídico supremo y central,(4) la necesidad de darle a cada uno suyo (5) , virtud individual (6) la recta disposición del alma,(7) justicia social (8) , libertad. (9)

Estableciendo una extensión, siempre he pensado que la existencia de cualquier cosa se encuentra predeterminada por la realidad; lo que me lleva a afirmar que aquello que no siento, que no veo, que no oigo o de lo cual no poseo la mínima manifestación sensorial , para mí sencillamente no existe. Al observar cada una de las definiciones anteriormente mencionadas, si se hace un ejercicio mental no muy complicado, se puede llegar a la conclusión que la justicia nunca ha estado presente: ni como valor espiritual (a no ser que la igualemos con el valor espiritual de la arrogancia), ni como cumplimiento de normas (casos aislados se ven, pero a todos les gusta quebrantar las normas....la gratificación siempre ha sido mejor, aunque después venga un castigo), ni como la necesidad de darle a cada uno lo suyo (qué es lo que le pertenece a cada cual, quién puede saberlo?), ni como la recta disposición del alma (a quién en estos tiempos le interesa cómo se siente su alma?) y mucho menos como libertad (más adelante explicare que la libertad sin dinero, sencillamente no existe). Así las cosas, siempre pensé en la justicia como aquella palabra que supone un traslado del concepto o de la definición a la forma de vivir de la sociedad, se entiende, (o, siempre la entendí) como una definición que se completa o que adquiere su cuerpo en el momento exacto en el que se expresa por dentro de una forma específica de vivir de los seres humanos; como jamás he visto con forma a ninguna de esas definiciones, como nunca he oído nada distinto de su espíritu (lo quiere decir, que no la he visto) , y, como nunca he observado que la esencia de ellas se traslade de las palabras a la vida : la justicia nunca ha existido; a lo sumo, sus diferentes conceptos se pueden llegar a determinar como aquello carente de sentido, como aquello que no es, o, simple y llanamente como: sandeces.

Estas definiciones han permanecido pendidas de las esferas celestes , las cuales cambian de color a través de la danza diaria de la luna y del sol; por esto, se hace urgente que exista, y para ello es preciso unificar el concepto, ya que la justicia no puede poseer varios significados al tiempo, no puede ser espíritu y cuerpo en un mismo espacio, en una misma época; o es uno o es lo otro, pero no ambos, porque entonces, cómo podría dársele extensión a un objeto del cual poseemos innumerables conceptos, y del cual no sabemos nada, porque inclusive, algunos de esos conceptos son contradictorios? Voy a tratar de unificar su identidad para poder darle desarrollo a toda la ponencia; por que si no defino lo que es la justicia, me es imposible concatenar las ideas, o, por lo menos hacerlo dentro de los márgenes establecidos por la lógica.

QUE ES LA JUSTICIA?

Para llegar a una definición de justicia, he de empezar por decir lo que no es, o, lo que ha venido siendo (que es lo mismo), dejando como resultado que se cumpla pero a la inversa; esto quiere decir que en lugar de ser un concepto cuyo efecto sea positivo o que “ilumine” la actuación de los seres humanos, es la oscuridad total. La justicia no es un fantasma, no es la incertidumbre en que se mueven los seres , no es la utilización de la fuerza para corregir un comportamiento contrario a las normas, la justicia es: **la materialización , la expresión, y la manifestación de la interacción racional de los individuos;** pero debe entenderse esta interacción desde el punto de vista general; porque entonces se podría llegar a cometer el espantoso error de pensar que la guerra (interacción de los individuos) es presupuesto de Justicia. No. Esa interacción de la que estoy hablando, es la relación entre los seres respetando la integridad del ser que se encuentra frente a nosotros, esto quiere decir, permitirle al ser supremo “yo” un respiro, una conversación sin que tema perder su identidad , sin que le invada el temor de desaparecer y permitirle a través de esta actuación a otro cuerpo igualmente ser “Yo” .

QUIEN DEBE DARLE APLICABILIDAD AL CONCEPTO DE JUSTICIA?

“Cuando a la juventud se le dice la pura verdad, no les agrada a los boquiburros; pero luego que pasan los años, en su propia piel experimentan hartamente, imaginándose entonces que lo han sacado de su propio magín, lo cual quiere decir que el maestro era un necio.” (10)

Yo podría decir que la juventud, podría incluso reafirmar que **“la juventud es el futuro, que en sus manos está la solución”** pues no, como les parece, que ni es la juventud la que ha de aplicar este concepto, y mucho menos la juventud es el “futuro”, o la “solución”. Quién puede ser tan iluso, para continuar afirmando que esos seres **“prolongación de la existencia”** de sus padres, son los llamados a reformar la encrucijada en la que ellos bueno, no solamente ellos, sino toda la humanidad los han metido? De dónde han sacado las generaciones anteriores a esta juventud, que pueden desobligarse de un responsabilidad concerniente a todos? A quién se le puede ocurrir excluirse de luchar por perfeccionar una manera de vivir? La única excusa que yo encuentro enmarcada dentro de lo posible, sería que se encontrase en un estado de paroxismo, o, inclusive que se tratase de un marciano; el cual no tiene ni la más remota idea de lo que significa vivir, que no sabe lo que significa estar dentro de un planeta en el cual no se respira nada diferente a tristeza; solo así, estaría permitido que un ser diese la espalda a una reforma.

En este país de controversias, todos asumen el derecho de renunciar, nadie se obliga y lo más cómodo resulta ser, pasar la obligación de actuar y la responsabilidad de desarrollar soluciones a los seres menos indicados, a esos seres carentes de preparación, a esos seres, que carentes de fortaleza, pero con unas hormonas infatigables, no saben que camino continuar y por ello mismo, en su gran mayoría no han hecho elección: a la juventud. **¡Que decisión tan maravillosa!**

El concepto de justicia, debe ser materializado, o, debe ser real por la misma interacción de todos los individuos, no de un grupo como lo ha dicho la historia siempre; este ha sido otro movimiento irracional de los seres humanos, comparable con la actuación dentro de una guerra; solamente que en ella se participa a través de la omisión de actos, pero que igualmente se convierten en puntos de responsabilidad, donde es indiscutible que los seres humanos pierdan la partida.

La juventud actual, al igual que la de 1946 no se siente cómoda, (11) y parece que existe íntima relación aún luego de 52 años, entre la elección a que se enfrentaba entre materialismo e idealismo y, la elección que hoy debe tomar: lo real o la fantasía: (parece que la relación es más profunda de lo que inicialmente se me había ocurrido) La **primera** opción, es permanecer como hasta ahora centrados en una burbuja, en la cual se posee un genio que concede todos los caprichos y que se encarga de resolver todas sus preocupaciones, con los ojos vendados; la **segunda**, es la acción de abrir los ojos y observar a la vez, que se sienten afectados por todo aquello que sucede a su alrededor, es darse cuenta que no están solos en este suelo y que pueden hacer algo, cualquier cosa por mejorar la realidad de esos seres que no poseen las condiciones adecuadas para desarrollarse,

como si las han tenido ellos; es convertirse en parte activa de la solución, aunque no se sea parte activa del conflicto..... aunque ahora, me asalta una nueva duda: puede en Colombia, existir algún ser que no sea o se sienta parte del conflicto, parte de este punto ciego?

Los jóvenes no somos el futuro, en nosotros no está la solución; la solución y el futuro se encuentra en absolutamente toda la humanidad, desde los bebés recién nacidos, hasta aquellos abuelitos que llevan en su rostro dibujada la tristeza vivida durante su juventud, pasando por la generación intermedia que yo llamaría **“la edad de la esquizofrenia”**; aquellos que se la pasan a toda hora diciendo: **“que no me importa, que ya no sirven para nada, que es mejor que el cambio no se dé”**; de continuar expresando su pensar de esta manera, yo les sugiero que se vayan a vivir a Júpiter, (con los avances de la ciencia, es muy posible que allí se pueda vivir) y compartan su soledad con los meteoros, lo cuales muy probablemente chocarán en algún momento y lo convertirán en polvo..... a Júpiter.

A las personas “mayores” yo me permito decirles lo siguiente: no dejen a la juventud sola en un laberinto que inicialmente no tiene salida, no se conformen con lo que han hecho hasta hoy, dejen de transmitir la trillada frase: **“sino son ustedes entonces quién?”**; señores, conviértanse en parte activa del cambio, si ustedes también se encuentran formando parte de este caos por qué se apartan? Qué es lo que los lleva a sumir esta posición? Debería haber una respuesta por primera vez, por qué yo sencillamente soy ignorante o, mejor, yo no puedo entender, que los seres humanos hasta cierta edad puedan comprometerse con algo y después, simplemente: conformarse.

Así las cosas, si se desea una mejor manera de vivir, sustentada en esa interacción de la que les he venido hablando, se ha de tomar la decisión de actuar conjuntamente, olvidándonos de las diferencias.

EL PROBLEMA O LA REALIDAD

Decía el pintor: “lo peor no es que el mundo no sea libre, sino que la gente se haya olvidado de la libertad ” (12) **Yo pienso, que en nuestro país, lo difícil ha de ser que la gente crea en la justicia, cuando nunca la ha visto.**

En el mundo actual desafortunadamente, el concepto de justicia es bastante complicado si de lo que se trata, (como vengo diciendo) es de convertir en materia su

definición. Esto, se vislumbra por cuanto "desde hace uno años", el hombre conoció, que aparte de las diferencias naturales entre ellos, (el color de los ojos, la forma del cabello, su estatura) existe una, que aparte de hacerlos completamente diferentes, les da la gran virtud de poseer **poder**; pero, qué tiene que ver el poder con lo que he venido relatando? sencillo, nadie, absolutamente nadie que posea un poco más de poder que otro, se digna a transmitir respeto para con el común de la raza humana; basta con que una persona posea un céntimo de poder adicional para que se sienta dueño y señor de un ser, al cual sencillamente a comenzado a despreciar. De lo que se puede desprender que interacción no puede haber; la diferencia que origina el poder, es la propiedad; ¡excelentísima diferencia! Por ella los seres se encuentran irreconciliablemente divididos, se han cerrado en torno al factor que les determina su personalidad y por ello, respeto que es el inicio de toda interacción no se presenta.

Al interior de nuestra sociedad es fácil experimentar esta diferencia; somos en un momento específico, la cantidad de ceros que acompañen nuestra chequera; las personas que se encuentran limitadas por su capacidad económica, sencillamente: no son, no existen, no tienen trabajo, no estudian, no disfrutan, no se realizan como seres; (cosa que debería ser inherente al individuo) les puede sonar a la supuestamente enterrada teoría marxista, pues sí, en ese aspecto Marx no se equivocaba: algunos hombres, la gran mayoría, sobreviven con un salario miserable, el cual, solamente les alcanza para una miserable comida, para el transporte, y haciendo un esfuerzo para la escuela de sus hijos; (cuando ellos no tiene que trabajar). No se encuentra en esta gran franja de la sociedad la posibilidad de la diversión, la posibilidad de superación y mucho menos la proyección del mejoramiento de vida.

Es precisamente en este factor en el que la justicia o la interacción racional encuentra su más próximo enemigo, entonces , la relación de los seres humanos se hace compleja cuando al ser excesivamente diferentes, (económicamente hablando) la misma sociedad les impide relacionarse; puesto que se encuentran de tal manera, que un grupo niega la existencia del otro o sencillamente no le importa , y, el otro grupo guarda un claro rencor por esa indiferencia .

Salta la duda entonces, si lo que se requiere para que exista justicia es que todos seamos económicamente iguales.....a lo que yo respondo, que no. Lo que se hace necesario, es que dicha diferencia se haga menos distante, menos amplia; total, que existan más posibilidades para aquellos que nunca han sabido lo que significa eso, una posibilidad, que sus vidas posean un sentido, que sus hijos manejen el concepto de lo que es el futuro; esto, con el único fin, que sea real la interacción racional entre los individuos, para que los seres constantemente no

se estén atacando, no se estén matando.... y todavía hay quienes dicen que las personas se matan por nada: por nada? si el hambre, si la pobreza llena de amargura, si la carencia de comodidades, si la envidia fortalecida por el maltrato, si la opción se limita a beneficiar seres desconocidos es nada; entonces, si, la gente en este país se mata por nada.

Señores: Como lo mencionase Camus (13) ha llegado el momento, el espacio del " **hombre rebelde** "; de ser un hombre que al hacer un alto en su camino y observar todo lo de sin razón que ha tenido la historia, dice: NO. Ahora es tiempo de modificar las cosas, y entre esas, la justicia ocupa el primer lugar; y no para el tercer milenio, ya que eso sería continuar con la farsa que he criticado durante la presente ponencia; el modificar la zozobra por un rayo de luz no se puede continuar aplazando, es ahora, desde este preciso momento.

EL ABOGADO

El abogado debe ser el ejecutor de la justicia, debe convertirse en el sujeto que ayude a la comunidad entera a representarse en armonía, o, usando la razón; es este el motivo por el cual, también se debe hablar de él.

La naturaleza del abogado determina que consiste en ser una persona que: "se dedica a defender en juicio los derechos o intereses de los litigantes" (14), "defiende a una persona acusada de un delito"(15), "es intercesor o medianero en un asunto" (16); pero, la definición de abogado también se encuentra pérdida en las tinieblas, ya no se encuentra. Por qué? muy sencillo, esas definiciones no son ciertas porque los abogados se han convertido en los contadores de la justicia, no les importa ya que la sociedad se muera mientras trata de sobrevivir de sus errores, se han llegado a determinar por..... "lo que puedas pagar, esa suma tendrás de libertad"; contradiciendo su naturaleza, contradiciendo su esencia cual es la de: **SER UTIL**.

Los abogados no son ya dignos de confianza, (se les llama: ladrones) se les ha olvidado el actuar de una forma que no admita reproche alguno, se les ha olvidado que son los llamados a iluminar la zozobra en que se desenvuelve el comportamiento de las personas, y, en cambio, son parte del conflicto, inclusive entre ellos mismos se ahorcan, no respetan a nadie.

Podrán decirme, que estoy desconociendo la labor ejecutada por grandes personas encargadas de fortalecer la justicia en tantos lugares de este territorio; no, yo no desconozco que existan personas que intentan ser sujetos de sabiduría,

para luego analizar las diferentes situaciones de conflicto y darles la mejor solución posible; insisto, no los desconozco, pero no me podrán contradecir que son muy pocos..... bienaventurados. Así deberían ser todos, pero, no.

Podría terminar mi ponencia diciendo que:

Ustedes señores, miran hacia arriba cuando quieren elevarse, y yo miro hacia abajo por que estoy en la alturas, (como en su momento lo dijera Nietzsche); y considerarlo mi verdad.

Pero yo los exhorto a todos para que lo pongan en duda, al igual que deben dudar de todo lo anteriormente dicho.

NOTAS

- (1) CAMUS. Albert . Obras 3. Alianza Editorial. Página 24
- (2) AFTALION. Enrique R. Introducción al Derecho. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1988 .Página 791
- (3) Ibídem. Página 792
- (4) Ibídem. Página 794
- (5) Ibídem. Página 794
- (6) Ibídem. Página 797
- (7) Ibídem
- (8) Ibídem. Página 819
- (9) Ibídem
- (10) GOETHE. Wolfgang. Fausto. Círculo de Lectores. Pagina 273.
- (11) SARTRE, Jean Paul. La República del Silencio. Editorial Losada. S.A. Buenos Aires Argentina. Página 89
- (12) KUNDERA. Milan. La Vida Está en Otra Parte. Biblioteca Breve. Página 52.
- (13) CAMUS. Albert . Obras 3. Alianza Editorial. I. EL HOMBRE REBELDE
- (14) Diccionario Enciclopédico Básico. Salvat Editores S.A. Página 5
- (15) Diccionario Enciclopédico Planeta. Editorial Planeta. Tomo 1. Página 10
- (16) Diccionario Enciclopédico Ilustrado . Grupo Editorial Norma. Tomo 1. Página 6

DISTRIBUCION DEL ACTIVO LIQUIDO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL EN EL COMMON LAW PROVINCIAS DE CANADA Y DERECHO CIVIL DE COLOMBIA

Irma Johanna Mosquera Valderrama

DISTRIBUCION DEL ACTIVO LIQUIDO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL EN EL COMMON LAW PROVINCIAS DE CANADA Y DERECHO CIVIL DE COLOMBIA ⁽¹⁾

Irma Johanna Mosquera Valderrama



on el presente artículo se busca analizar el Instituto Jurídico de la Sociedad Conyugal en Colombia que no ha tenido mayores cambios en su esencia misma, destacándose solamente la Ley 28 de 1.932 que, cambió el régimen de comunidad de bienes por el de participación en gananciales, además, le dio a la mujer la capacidad de administrar sus propios bienes y los bienes sociales, ubicándola en un plano de igualdad respecto al cónyuge en lo que se refiere a la administración del patrimonio de la Sociedad Conyugal. Dentro de las disposiciones que regulan la sociedad conyugal, se encuentra el artículo 1.830 del Código Civil que consagra la distribución por mitad entre los cónyuges del activo líquido social.

¹ Proyecto de investigación presentado en Mayo de 1.998, recibiendo la distinción de "LAUREADO"

Paralelamente a esta legislación, existe en las provincias del Common Law de Canadá, una concepción del matrimonio, como *partnership*, donde cada cónyuge contribuye a desarrollar los objetivos del matrimonio en iguales condiciones, por ello, existe como regla general la distribución por igual de los bienes sociales de los cónyuges, considerándose que se puede no aplicar esa distribución igualitaria, si la Corte encuentra que en el caso en particular sería *unconscionable* por la desproporcionalidad que existe en cada cónyuge en el matrimonio, por lo cual, se puede ordenar una distribución equitativa pero no igualitaria si se da alguno de los factores que autoriza una distribución de esa forma, consagrados en la Legislación de Derecho de Familia de cada provincia.

Con el desarrollo de esta investigación, se busca analizar y comparar dentro de un marco lógico la figura de la distribución de los bienes de la Sociedad Conyugal, en el sistema del derecho civil de Colombia y el Common Law de Canadá con el fin de determinar si en Colombia se cumplen los criterios de equidad al autorizar la distribución por igual del activo líquido de la Sociedad Conyugal.

1. JUSTIFICACION DEL TEMA

Nuestro sistema jurídico normativo se ha centrado en la tradición romano-germánica generando lo anterior una codificación de las normas que rige al Estado Colombiano, entre otras consecuencias. En esta normatividad se encuentra una norma vigente desde la creación del Código Civil Colombiano consagrada en el artículo 1830 en el capítulo que habla de la sociedad conyugal, en el cual ordena distribuir el activo líquido restante hechas las deducciones, por mitad entre los cónyuges, sin que existan modificaciones posibles en búsqueda de una distribución diferente a la igualitaria que estipula el código.

En el Common Law aplicable en las provincias de Canadá, excepto en la provincia de Québec existe otro tratamiento diferente a esa distribución del activo líquido considerándose que no siempre lo igual significa equitativo, por lo cual es el juez quien debe determinar en cada caso en particular si es equitativo repartir por mitad, o si se debe aumentar a alguno de los cónyuges la parte que le correspondería, teniendo en cuenta unos factores consagrados en la legislación de Derecho de Familia que rige a cada provincia en particular.

Por las diferencias que se presentan entre estos dos sistemas se consideró conve-

niente investigar acerca de la aplicación que en Colombia se está dando al respecto, y a su vez hacer una comparación lógica con el sistema de Canadá, teniendo en cuenta que en Colombia se han presentado diferentes problemas al interior de la familia, en los que algunas veces uno de los cónyuges ha trabajado más que el otro, y ha aportado más a acrecer el activo líquido social, u, otros comportamientos que son de gran interés para llevar a cabo un análisis lógico de los dos sistemas.

Como estudiantes de derecho no es posible alejarse de la realidad, y de un análisis exhaustivo de la misma en relación con la normatividad, por lo cual es necesario llevar a cabo proyectos de investigación que replanteen problemas presentados en el pasado, y que busquen actualidad en cuanto a sus consecuencias; como resultado final de la investigación, propender por la realización de cambios si se considera que son necesarios para este derecho y esta sociedad.

2. OBJETIVOS

2.1. GENERAL

Realizar un análisis comparativo lógico del sistema Common Law en las provincias de Canadá y el Derecho Civil de Colombia con respecto a los criterios que se tienen en cuenta en uno y otro país para la distribución del activo líquido de la sociedad conyugal.

2.2 ESPECIFICOS

Intrínsecos

2.2.1 Analizar si el sistema que se aplica en Colombia, comprendido en el artículo 1.830 del Código Civil, cumple los criterios de equidad.

2.2.2 Investigar si en el caso de la mujer que labora y hace trabajos propios de dueña de casa se vería beneficiada si esta disposición fuera reformada.

Extrínsecos

Plantear esquemas lógicos descriptivos del Sistema Common Law y el Derecho

Civil a través de un análisis comparativo, buscando determinar el que sea más equitativo para los cónyuges.

3. CONCLUSIONES

De los resultados obtenidos del trabajo de campo en conjunto con la interpretación y análisis de la normatividad Colombiana comparada con la que regula las provincias del Common Law en Canadá, se obtienen conclusiones que por la importancia que revisten al desarrollo de los objetivos de este trabajo, es necesario retomar y exponer buscando plantear hipótesis de solución al problema jurídico que se planteó al inicio de la presente investigación.

Es así, como se puede concluir en primer lugar, que en Colombia actualmente se maneja un concepto de igualdad en la distribución del activo líquido de la Sociedad Conyugal, equivalente a repartir del valor de dicho activo cincuenta por ciento para cada cónyuge. Esta igualdad así planteada debe cambiarse por un concepto de igualdad en el que se tenga en cuenta la proporcionalidad, desarrollando criterios de justicia y equidad, porque en el momento de liquidarse la Sociedad Conyugal se requiere valorar cuanto aportó cada cónyuge para acrecentar esos activos sociales, y en que proporción lo hizo, buscándose entonces hacer una valoración total de la actividad de cada cónyuge a partir del momento en que contrae matrimonio, de no ser así se posibilita que la conducta de uno de los cónyuges sea negligente y temeraria en la administración de los bienes de la sociedad conyugal, y en el desempeño de su rol como cónyuge en el matrimonio, incumpliendo los deberes de socorro y ayuda mutua por la confianza que tiene en que los esfuerzos del otro cónyuge le permitirán obtener el cincuenta por ciento de todo el activo líquido social, siendo indiferente si contribuyó a mantenerlo o a aumentarlo; por lo que se concluye que se debe desarrollar entonces un concepto de equidad, en el cual la regla general del cincuenta por ciento para cada cónyuge pueda ser modificada de acuerdo al criterio del Juez, si se considera que al efectuar una distribución por mitad se afectaría enormemente el sentido de protección de la propiedad privada y la Institución del matrimonio y de la Sociedad Conyugal.

En segundo lugar, el espíritu para el cual fue creado el artículo 1830 del Código Civil Colombiano que es el de valorar todos los aportes que cada cónyuge hacía

procurando cumplir los objetivos del matrimonio, no se cumple por cuanto al momento de disolverse la sociedad conyugal se presenta un problema para los cónyuges ya separados qué es, ahora cómo se va a liquidar la sociedad conyugal? dándole solución a ello a través del manejo de un concepto de igualdad acorde a sus propios intereses, por cuanto se hacen afirmaciones contrarias a la realidad con el objeto de igualar los valores, colocando precios irreales a los bienes, quitándoles el valor que tienen, no relacionando otros, creando obligaciones, en fin todo tipo de actuaciones que les permitan repartirse los bienes por igual.

Con alternativa a las anteriores situaciones observadas, se plantea:

- 1) Implantar un mecanismo consistente en la necesidad de que cada cónyuge al momento de iniciar el matrimonio, realice una declaración de los bienes que posean como propios, y de no hacerlo se presume que la sociedad conyugal empezó con valores en cero, generando un compromiso de cada cónyuge para colaborar en iguales condiciones al desarrollo de las tareas domésticas, al mantenimiento de la casa y a las finanzas del hogar; se busca que los cónyuges asuman responsabilidades en el matrimonio, para que en un marco de justicia se cumplan verdaderamente los objetivos del matrimonio; pero, para lograr esto es necesario que la mujer tome consciencia del papel que debe desarrollar en la sociedad, abandonando el segundo plano en el que siempre ha estado, contribuyendo entonces en el trabajo en la casa, desempeñándose laboralmente, en fin desarrollar todas las labores necesarias para la prosperidad del matrimonio, ejerciendo además, control sobre la administración de los bienes sociales que realiza su cónyuge, porque solamente en la medida en que la mujer cambie su mentalidad frente al hombre, se podrá considerar el matrimonio como una Institución constituida por un hombre y una mujer que desarrollan actividades que los van a beneficiar en un marco real de igualdad y participación.
- 2) La segunda propuesta consiste en la necesidad de que las parejas realicen un estado de cuentas ante Notario, con participación de los cónyuges y de un Contador, con el fin de relacionar los activos y pasivos que tiene la sociedad conyugal en ese momento, buscándose detectar las transacciones que se hacen sobre los bienes sociales más fácilmente, además de constituir elementos de prueba para determinar la existencia real de los bienes que se relacionan en inventarios y avalúos dentro del trámite de liquidación. La realización de

este estado de cuentas se debe realizar una vez por año buscando seguir más de cerca la actividad de los cónyuges en relación con los bienes de la sociedad conyugal.

- 3) El artículo 1830 del Código Civil Colombiano consagra la distribución igualitaria del activo líquido de la sociedad conyugal como única regla a tener en cuenta en la partición de los bienes sociales, los intérpretes se aproximan a la voluntad del legislador que claramente estableció la división por mitad del residuo entre los dos cónyuges. Se interpreta que el verdadero sentido de esta norma es evidente, y no se desatiende, por tanto, su tenor literal, pues las palabras que la ley emplea "**se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas**"⁽²⁾

Además la norma en mención no es oscura, y entonces, no es permitido a los jueces y demás funcionarios entrar a descifrar, extender o restringir la voluntad del legislador. En Colombia los magistrados de la Sala de Familia, Jueces de Familia, abogados, partidores auxiliares de la justicia y defensores de familia consideran que el artículo ya citado contiene un criterio de igualdad que es el que debe existir en el matrimonio. Criterio de igualdad para ellos se asimila al de equidad sin entrar a hacer consideración alguna de la labor de cada cónyuge con el fin de establecer otro tipo de distribución distinto a la igualitaria.

En las provincias del Common Law de Canadá se establece como regla general el régimen de distribución por igual de los bienes sociales, que puede ser modificada si la Corte encuentra que dadas las circunstancias en que se desarrolló el matrimonio y a la colaboración de los cónyuges, es necesario realizar una distribución equitativa teniendo en cuenta los factores que la autorizan consagrados en la Legislación de Familia de cada provincia, tales como la brevedad del matrimonio, la contribución al mantenimiento, adquisición y mejoramiento de la propiedad, entre otros. Se requiere que en cada caso particular la partición por igual genere en la Corte una percepción de ser excesiva, que iría en contra de la consciencia de la Corporación. Se constituye entonces, un criterio subjetivo que depende de cada caso en concreto.

Con fundamento en lo expuesto anteriormente se hace necesario reformar el artículo 1830 del Código Civil Colombiano, ampliándolo en su contenido, bus-

² Código Civil Colombiano, artículo 28.

cando darle al juez elementos que le permitan interpretar ese artículo en cada caso en particular, extendiendo su alcance, con el objeto de desarrollar en la Institución de la Sociedad Conyugal el verdadero concepto de equidad en conjunción con el de igualdad. Por ello, se debe colocar un párrafo adicional a manera de complemento explicativo en el cual se considere como regla general el cincuenta por ciento del activo líquido social para cada cónyuge, que puede cambiar si el juez determina hacerlo en consideración a la brevedad del matrimonio, la conducta de una de las partes, o la contribución de cada cónyuge a mantener y acrecentar los bienes de la sociedad conyugal, entre otros factores. Se pretende que la norma autorice al Juez cambiar esa regla general y repartir equitativamente esos bienes atendiendo a la actividad desarrollada por cada cónyuge.

Estas conclusiones permiten que otras personas hagan un estudio posterior y presenten un proyecto de ley que, tenga en cuenta las consideraciones que se han hecho, extendiéndose la invitación a todos los estudiantes de Derecho a consultar el proyecto de investigación que se encuentra en las dependencias de la Biblioteca de la UNAB.

INCORPORACION DE COLOMBIA EN EL LIBRO BLANCO DE LA COMUNICACION EUROPA - AMERICA LATINA EN SU CONTEXTO JURIDICO Y ETICO

**Sindy Tatiana Cañavera Gómez y
Javier Alberto Ayala Amaya**



En este corto artículo queremos dar una breve reseña esquemática de lo que ha sido nuestro trabajo de monografía que a la fecha, ya se encuentra aprobada y al servicio en Biblioteca de quienes deseen conocerla con mayor profundidad.

La citada contó con la acertada dirección del Doctor Carlos Andrés González. Desde su inicio en el anteproyecto quedaron muy bien diseñados los objetivos que pretendíamos con nuestro trabajo investigativo entre los cuales destacamos en su orden:

- Establecer un convenio entre la Universidad Autónoma de Bucaramanga y el Instituto Euroamericano de Cultura Ciencia y Comunicación Antonio Machado (INECAM) de la universidad de Alcalá de Henares (España).

- Consolidación en el citado convenio de relaciones de cooperación académica .
- Formalizar una carta de intenciones entre las dos instituciones.
- Asegurar la presencia este año de Colombia en la red de cooperación Europa América Latina, en el campo de la comunicación en su contexto jurídico y ético.
- Dar a conocer a la Comisión de la Unión Europea, el panorama informativo y audiovisual colombiano en su contexto jurídico y ético.
- Participar en el coloquio de la puesta en común del **LIBRO BLANCO** en la ciudad de Madrid España en el respectivo coloquio organizado por el INECAM con la ayuda de la Unión Europea, el cual contaría además con la presencia no solo de los países Europeos si no también con los de Mercosur , y por primera vez Colombia que lo haría por intermedio de un representante de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Con orgullo y satisfacción podemos hoy en día afirmar que no solo se consolidó el objetivo académico de conformación del **LIBRO BLANCO** sino aún más que se cumplieron en su totalidad los objetivos propuestos, logrando finalmente participar en el coloquio de Madrid con la asistencia de un miembro de la Oficina de Proyectos y Relaciones Internacionales de nuestra Universidad. El trabajo no solo recibió un elogio escrito por parte del INECAM si no también una felicitación del jurado calificador de la tesis, de la cual se dejó constancia en la respectiva Acta de Aprobación.

Durante el seminario se constituyó formalmente la Red Eurolatinoamericana de la Información de lo Audiovisual, constituida formalmente por las instituciones cuyos representantes participaron en él. Asimismo se establecieron proyectos para el presente año que abarcan las siguientes áreas:

- Ampliación de la red Eurolatinoamericana en el campo de la Información y de lo Audiovisual.
- Puesta en marcha de la Oficina del Observatorio Eurolatinoamericano de la Información y de lo Audiovisual.
- Propuestas de un tratamiento Jurídico y Etico común en el desarrollo informativo y Audiovisual Eurolatinoamericano.

- Televisión Educativa, formación de una Videoteca Cultural y de Divulgación Científica Eurolatinoamericana.
- Formación de la Universidad Virtual Eurolatinoamericana.

Es importante reconocer, que de no contar con el apoyo decidido de la Rectoría, la Oficina de Proyectos y Relaciones Internacionales y el Centro de Investigaciones, nuestra monografía no habría pasado de ser simplemente un buen proyecto.

El trabajo presentado se constituye como un colimodio actualizado en todo lo tocante a los medios de comunicación en Colombia desde su aspecto jurídico y ético. El primer tomo contiene toda la información relacionada con lo audiovisual en Colombia, desde su reseña histórica hasta el desarrollo de los medios de comunicación en Colombia, incluimos todo el trabajo estadístico y gráfico sobre el comportamiento del consumidor frente a cada uno de los medios de comunicación, datos completamente actualizados fruto de un extenso trabajo de campo que cuenta con la ayuda de diferentes técnicas y métodos, que permiten dar a conocer a Europa las condiciones del mercado audiovisual colombiano. El segundo tomo está referido exclusivamente al aspecto jurídico y ético de los medios de comunicación, se trató en él, la legislación anterior y la vigente, incluyéndose jurisprudencia y doctrina al respecto. Básicamente se trata todo el ámbito jurídico desde el punto de vista constitucional y legal, así como la legislación internacional relacionada con los mismos. Igualmente incluye el Código de Etica Periodista y su análisis.

Queremos por último hacer una invitación muy especial a todos los estudiantes no solo de derecho si no también de la facultad de comunicación social interesados en el tema y en el convenio suscrito por nuestra Universidad, con el fin de que se hagan partícipes del mismo y colaboren en su desarrollo que será liderado por la oficina de proyectos y Relaciones Internacionales de la Universidad dirigida por la Doctora Eulalia García Beltrán.

I NDICE DE EDICION

ARTICULO: **INFORMACION CONFIDENCIAL EN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS**

AUTOR : LAUREANO GOMEZ SERRANO

DIRECCIÓN: Centro de Investigaciones Socio - jurídicas.
UNAB

FECHA DE RECEPCIÓN: 6 de julio de 1998

TEMA: Derecho Público

DESCRIPTORES: Naturaleza Jurídica de las empresas de servicios públicos - Régimen jurídico. - Las Empresas de Servicios Públicos domiciliarios. El Derecho de Petición en las Empresas de Servicios Públicos sólo procede para la Relación Usuario - Empresa. - Necesidad de Protección a la Información Societaria de las Empresas de Servicios Públicos.- Antecedentes Jurisprudenciales.

RESUMEN: En materia de servicios públicos, solamente lo que se refiere a la relación usuario-empresa es objeto del derecho de petición, pues las demás gestiones de la empresa son

confidenciales, esto con base en la Constitución Nacional, la ley 142 de 1994 y la sentencia S-T- 001 del 16 de marzo de 1994, emanada de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Antonio Barreira Carbonell.

ARTICULO: ESTADO, EDUCACIÓN, Y UNIVERSIDAD

AUTOR: JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ

DIRECCIÓN: Facultad de Derecho. UNAB

FECHA DE RECEPCIÓN: 25 de noviembre de 1997

TEMA: Educación

RESUMEN: El autor realiza una reflexión con respeto al papel de la universidad en la formación de hombres con valores, hombres independientes, capaces de generar un nuevo país.

ARTÍCULO: LA REGLA DE INSTITUCIONES 2, 1, 41 EN EL DERECHO COMUN

AUTOR : FRANCISCO JAVIER ANDRES SANTOS

DIRECCIÓN: Universidad de Valladolid

FECHA DE RECEPCIÓN: 19 de junio de 1998

TEMA: Derecho Romano

DESCRIPTORES: Compraventa y transmisión de la propiedad

RESUMEN: En las Instituciones de Justiniano a deferencia de las de Gayo (2, 19, 20), se expresa la necesidad de

que se dar el pago de precio o al menos una garantía suficiente, para que la tradición derivada de la compraventa produzca la adquisición de la propiedad para el comprador.

ARTÍCULO: LOS FONDOS DE INVERSIÓN COMO INSTRUMENTO PARA ATRAER CAPITAL EXTRANJERO A COLOMBIA

AUTOR: FREDY ALBERTO SANDOVAL FERREIRA

DIRECCIÓN: Bogotá

FECHA DE RECEPCIÓN: 24 de julio de 1997

TEMA: Derecho Financiero

DESCRIPTORES: Introducción - Clases de Portafolio de Inversión - Concepto - Marco Jurídico de los Fondos de Inversión en Colombia y su referencia con los Estados Unidos.- Clases de Fondo de Inversión en Colombia. Títulos de Colocación de los Fondos de Inversión. - Conclusión.

RESUMEN: El autor explica aspectos generales de los fondos de inversión, tales como concepto, clasificación, normas que regulan la actividad de los fondos de inversión en Colombia, así como su importancia dentro de nuestra economía.

ARTÍCULO : LA ERA DEL PACIFICO

AUTOR: AIDA FERNANDEZ DE LOS CAMPOS

DIRECCIÓN: Centro de Estudios Latinoamericanos. UNAB.

FECHA DE RECEPCIÓN: Noviembre de 1997

TEMA: Integración Económica

DESCRIPTORES: Cooperación e Integración en la Cuenca del Pacífico.
- Mecanismos Sub regionales de Integración.- Colombia en los organismos multilaterales de cooperación en el Pacífico.

RESUMEN: Hace una referencia histórica de la importancia que ha tenido la unión de los pueblos alrededor de las cuencas hidrográficas y cómo hoy adquiere importancia económica la cuenca del pacífico, en momentos en que la globalización empuja a la formación de bloques económicos. Nombra los diferentes mecanismos de integración que han utilizado los países de la cuenca y por último menciona las actividades que Colombia ha realizado para fortalecer las relaciones con los países de la cuenca del pacífico.

ARTÍCULO : **LA ADOPCION UNA SOLUCION PARA EL NIÑO ABANDONADO**

AUTOR : JAIRO ROGERIO TELLEZ ARIZA

FECHA DE RECEPCIÓN: Abril de 1998

TEMA: Derecho de Familia.

RESUMEN: Describe la importancia de la adopción, como forma de garantizar el derecho que tiene un niño a la protección de una familia. Defiende la adopción de niños por familias extranjeras e informa sobre el proceso de adopción en Colombia.

ARTÍCULO: **DEMOCRACIA Y NEOLIBERALISMO**

AUTOR: ORLANDO PARDO MARTINEZ

DIRECCIÓN: Escuela de Ciencias Políticas. UIS

FECHA DE RECEPCIÓN: Agosto 1 de 1997

TEMA: Neoliberalismo

DESCRIPTORES: Democracia y Neoliberalismo.- Las Contradicciones del Neoliberalismo. - Intervencionismo vs Neoliberalismo.- Conclusiones

RESUMEN: Describe el antagonismo entre democracia y neoliberalismo, ya que la economía de mercado impide el crecimiento de los valores de la democracia como por ejemplo, la solidaridad, la tolerancia, el pluralismo, entre otros.

ARTÍCULO : **LA NACION EN LOS ORIGENES DEL ESTADO NACIONAL**

AUTOR : ESTHER PARRA RAMIREZ

DIRECCIÓN: Facultad de Derecho. UNAB

FECHA DE RECEPCIÓN: 30 de julio de 1997

TEMA: Derecho Público

DESCRIPTORES: Patriotismo.- Indianidad, Americanidad.- La Soberanía.- La Libertad, Igualdad y Ciudadanía.

RESUMEN: Analiza varios elementos que ayudaron a la constitución del Estado Nacional. Se refiere a los diferentes significado de Nación y cómo ésta ayudó al establecimiento de los Estados Nacionales.

ARTICULO: **LA GOBERNABILIDAD EN COLOMBIA: RETOS Y PERSPECTIVAS.**

AUTOR : LIBARDO LESMES JIMENEZ
 DIRECCIÓN : UNAB
 FECHA DE RECEPCIÓN: 6 de junio de 1992
 TEMA: Política.
 DESCRIPTORES: La modernización de lo Premoderno. - Colombia hacia una Gobernabilidad Democrática.
 RESUMEN: El autor realiza una reflexión a cerca de las causas de la falta de gobernabilidad en el país y los posibles caminos para rescatar la autoridad.

ARTÍCULO: LA DILIGENCIA DE LEVANTAMIENTO DE CADAVER: UNA APROXIMACIÓN PRÁCTICA.

AUTOR : CARLOS CORTES CABALLERO Y WALTER CADE-NA
 DIRECCIÓN : Facultad de Derecho UNAB
 FECHA DE RECEPCIÓN: Febrero 6 de 1998
 TEMA: Medicina Legal
 DESCRIPTORES: Introducción. Metodología.- La Diligencia de Levantamiento de Cadáver.- Marco Legal.- Caso Práctico de Investigación.
 RESUMEN: Consideraciones generales sobre le levantamiento del cadáver; se precisan las etapas a seguir para que sea completa la diligencia; se hacen consideraciones sobre el papel del legista y las autoridades. Se elabora una lista del instrumental requerido. Se revisa la normatividad vigente. Se adicionan formatos que se consideran importantes en este acto.

ARTÍCULO: APUNTES SOBRE EL ABORTO Y SU PUNICIÓN

AUTOR: María Antonia Toscano de Sánchez
 DIRECCIÓN : Facultad de Derecho UNAB
 FECHA DE RECEPCIÓN: 1 de agosto de 1997
 TEMA : Derecho Penal
 RESUMEN: Expone las dos posiciones clásicas con respecto a la punición o no del aborto y defiende la tesis de la punición del aborto. Precisa los tres sistemas que han existido para sancionar el aborto: penalización general del aborto, sistema de plazo, y el sistema de solución de indicaciones.

ARTÍCULO: DISCORDANCIAS ENTRE LA TEORIA DEL DELITO Y LA EJECUCION DE LA PENA EN COLOMBIA.

AUTOR : MARIA ISABEL AFANADOR
 DIRECCIÓN: Escuela de Ciencias Socio Políticas. UIS
 FECHA DE RECEPCIÓN: 4 de agosto de 1997
 TEMA: Derecho Penal.
 DESCRIPTORES: El Derecho Penal Bélico y sus Implicaciones.- La Pena de Prisión en Colombia.- un castigo sobre el Cuerpo del Condenado. - Resocialización.
 RESUMEN: Considera que el derecho penal ha sido utilizado por el Estado Colombiano como un medio para recuperar su credibilidad a través de la represión y el castigo. Expone la contradicción entre la cárcel, como san-

ción que aísla al individuo, y la función que debe cumplir la pena: resocializar.

ARTÍCULO: **ALGUNOS APUNTES SOBRE LA INCIDENCIA DEL DERECHO ROMANO EN NUESTRAS INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL**

AUTORES: LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN

DIRECCIÓN: Facultad de Derecho. UNAB.

FECHA DE RECEPCIÓN: 6 de julio de 1998

TEMA : Derecho Romano

RESUMEN: El autor hace un recorrido histórico de la influencia que ha tenido el derecho romano en todas las épocas, su evolución y vigencia en algunas Instituciones del Derecho Privado.

ARTÍCULO: **EL GRITO DE LA JUSTICIA**

AUTOR: SANDRA YANETH PAEZ LEAL

DIRECCIÓN : Facultad de Derecho. UNAB

FECHA DE RECEPCIÓN: Abril de 1998

TEMA: Filosofía

RESUMEN: Reflexión a cerca de la justicia y el papel de jóvenes, adultos y abogados en la construcción de ella.

ARTÍCULO: **DISTRIBUCION DEL ACTIVO LIQUIDO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL EN EL COMMON LAW PROVINCIAS DE CANADA Y DERECHO CIVIL DE COLOMBIA**

AUTOR: IRMA JOHANA MOSQUERA

DIRECCIÓN: Centro de Investigaciones Socio - Jurídicas. UNAB

FECHA DE RECEPCIÓN: Junio 8 de 1998

TEMA: Tesis

RESUMEN: Análisis comparativo - lógico de la forma de distribuir el activo líquido de la sociedad conyugal en el sistema del Common Law de Canadá y Derecho Civil de Colombia.

ARTÍCULO: **INCORPORACION DE COLOMBIA EN EL LIBRO BLANCO DE LA COMUNICACIÓN EUROPA- AMÉRICA LATINA EN SU CONTEXTO JURÍDICO Y ÉTICO.**

AUTORES: SINDY TATIANA CAÑAVERA y JAVIER ALBERTO AYALA AMAYA

DIRECCIÓN: Quinta Brigada del Ejército.

FECHA DE RECEPCIÓN: 12 de Febrero de 1998

TEMA : Tesis

RESUMEN: Reseña sobre los objetivos cumplidos de la monografía realizada por Sindy Cañavera y Javier Alberto Amaya.