

# Editorial

## Salidas de esfuerzo intelectual

**E**sta REVISTA llega a su número cincuenta, que, para una publicación especializada constituye éxito indudable. “Temas Socio-Jurídicos” es órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB, y la dirige el Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas que desde tiempo atrás ha orientado con dedicación ejemplar el catedrático Dr. Laureano Gómez Serrano. Ciertamente el trabajo de esta revista ha producido buenos frutos, dando ilustración oportuna a profesores, jueces y estudiantes de la ciencia jurídica, acerca de diferentes cuestiones concernientes al Derecho de los derechos, y de inquietudes sociales de señalada importancia.

Este esfuerzo viene señalando el camino para que la sociedad tenga a su servicio una justicia ilustrada que sea cada día más auténtica y logre estar exenta de arbitrariedad. Ha sido un esfuerzo intelectual, porque la dignidad humana y la solidaridad social resultantes de una buena administración de justicia, requieren un concurso intelectual que exige tan excelsa misión, de la cual dimanar la libertad y la paz, amén de ser elemento básico para la unidad y la concordia en todos los pueblos. En síntesis, es la atención esmerada del problema del hombre, siempre inmerso en lo social, disfrutando de los excelsos bienes que depara la justicia o sufriendo sus carencias. Hoy el orbe viene padeciendo catástrofes que antes no imaginó, y la “invasión de los bárbaros” que registra la historia, es apenas pálido recuerdo si lo comparamos con las dos guerras mundiales y sus horrores, o las de baja intensidad así llamadas por estar limitadas geográficamente. Aludamos así mismo al sida, al narcotráfico que destruye la mente humana en beneficio de tarifas económicas individuales que, a su vez, deterioran con sus proventos las economías generales y el trabajo

redentor de muchas familias. Por eso hemos de sentir nostalgia de un mundo ya ido cuando eran sentidos los hábitos morales, la disciplina familiar y social que de tan importante realidad derivaba, y las costumbres, hoy desvanecidas que ostentaron nuestros antepasados.

Ahora estamos rodeados de seres porosos que aceptan sin resistencia aún los atropellos a su intimidad. De ahí que una tarea como la de esta Revista, que ilustra e informa acerca de las formas jurídicas contemporáneas que tutelan a la familia y a la sociedad, está presente delante de un Estado que ejerce y ejercerá su poder olvidando su significado instrumental de servicio a los más débiles y más pobres de la sociedad. Es la lucha para que los derechos no sean simples lecciones o ejercicios silogísticos sin trascendencia. Por eso es necesario reconstruir la vida política dándole mayor altura intelectual, con un esfuerzo sostenido para que haya una cultura del Derecho y del Estado al servicio del hombre, que es la suprema medida de la creación. Para que la ley responda a la ética, la política a la moral y el gobernante a la prudencia y la honradez, es necesario la simbiosis de autoridad y justicia. La paz será el bien fundamental de una sociedad que así piense y así practique su pensamiento.

ALFONSO GÓMEZ GÓMEZ  
Vicepresidente Corporación  
Universidad Autónoma de Bucaramanga

# Reseña Portada

Augusto Acevedo Sarmiento

**N**ació en Bucaramanga el 28 de mayo de 1950, actualmente reside en Venezuela. Pintor y Escultor auto-didacta, que ha experimentado y desarrollado diferentes técnicas y estilos; hasta encontrar el que lo caracteriza tanto en la pintura a Espátula como en la Escultura. En su obra resalta de gran manera la expresión de la figura humana como principio fundamental de la existencia.

Entre sus exposiciones y premios destacan:

- ♦ HONORABLE MENTION IN BIRD 2005. INTERNATIONAL ART AWARD. BEIJING P.R. CHINA. 2005
- ♦ 5 ARTISTAS HISPANO AMERICANOS. JADITE GALLERY – NEW YORK U.S.A. 2005
- ♦ EXPOSICIÓN COLECTIVA, “HERENCIA PARA EL NUEVO MILENIO”. CLUB PROFESIONALES DE SANTANDER. BUCARAMANGA – COLOMBIA. 1999
- ♦ V SALÓN REGIONAL MUSEO DE ARTE MODERNO. BUCARAMANGA, COLOMBIA. 1992
- ♦ 1º PREMIO. BICENTENARIO DEL NACIMIENTO DE JOSÉ ANTONIO PÁEZ. OBRA: “EL DESCANSO DEL GUERRERO”. ACARIGUA, VENEZUELA. 1990

- ♦ HOMENAJE AL BICENTENARIO DE “JOSÉ ANTONIO PÁEZ”. GUANARE, ESTADO PORTUGUESA – VENEZUELA. 1988
- ♦ 1º PREMIO. ENCUENTRO DE PINTURA AL AIRE LIBRE. OBRA: “BATALLA DE LAS QUESERAS”. ACARIGUA, VENEZUELA. 1987
- ♦ PRESENCIA DE LOS ESTADOS. CARACAS – VENEZUELA. 1980
- ♦ 2º PREMIO. SEGUNDA EDICIÓN DEL CONCURSO RAFAEL RAMÓN GONZALEZ. HOMENAJE A NUESTRA SEÑORA DEL PILAR. OBRA: “YO PECADOR”. ARAURE, VENEZUELA. 1978

# Día del Educador

Alfonso Gómez Gómez

**DÍA DEL EDUCADOR**

AUTOR: Alfonso Gómez Gómez

DIRECCION: agomez1@unab.edu.co

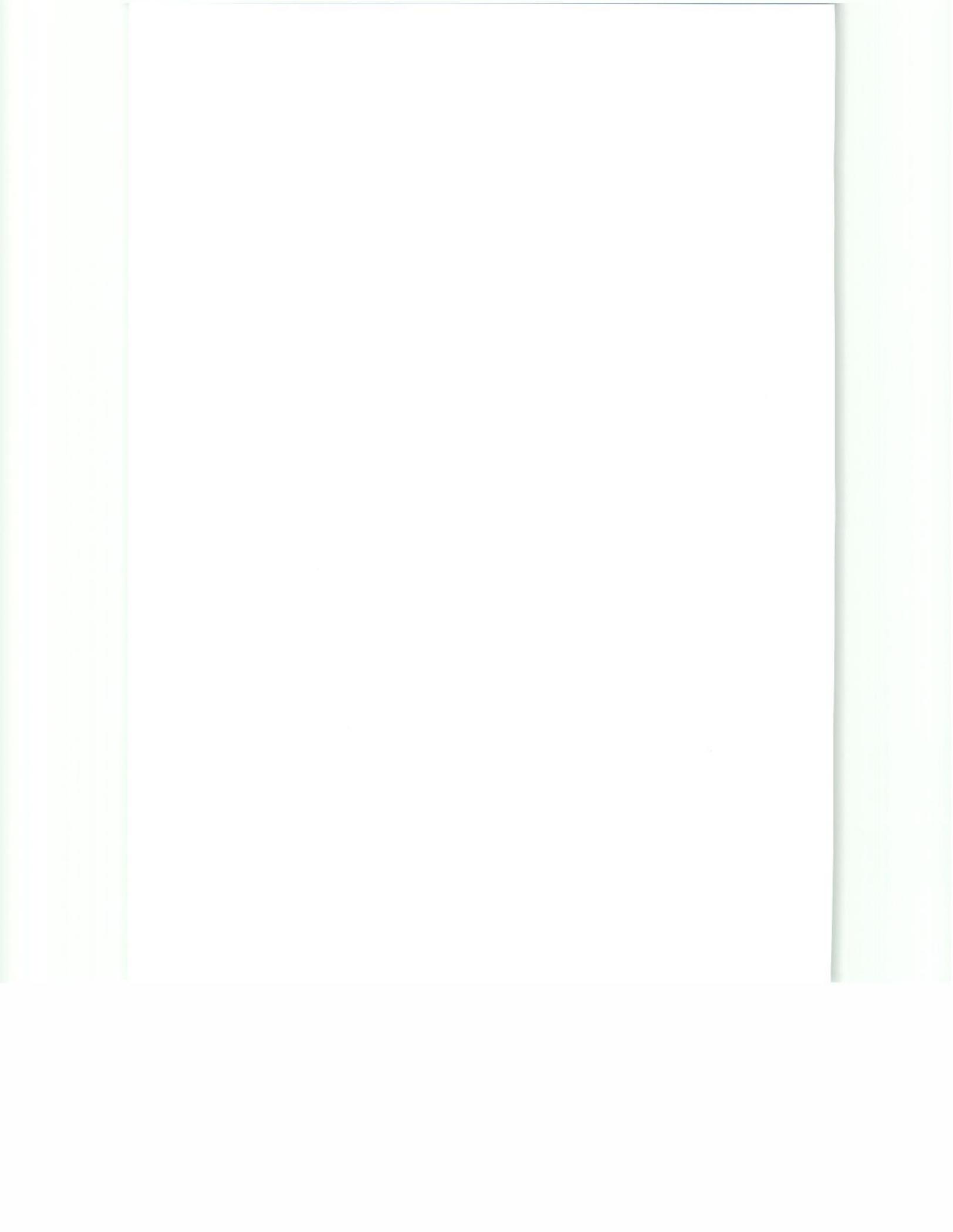
FECHA DE RECEPCIÓN: mayo 31 de 2006

DESCRIPTORES: Educación, profesores, compromiso, UNAB

RESUMEN: Palabras con motivo del día del educador presentadas por el doctor Alfonso Gómez Gómez en donde se resaltan la función y el compromiso de los profesores de la Universidad Autónoma de Bucaramanga

KEY WORDS: Education, professors, commitment, UNAB

ABSTRACT: Words in the occasion of the day of the educator presented by Alfonso Gómez Gómez in where the function and the commitment of the professors of the Universidad Autónoma de Bucaramanga are emphasized.



# Día del Educador

---

Alfonso Gómez Gómez

**E**l comité organizador de esta fecha destinada a honrar al maestro y su noble labor, tuvo el acierto de invitar como conferenciante al disertador profesor Francisco Cajiao Restrepo, y vamos en seguida a escucharlo con toda atención. Su voz es la de la experiencia y el talento.

Pero me valgo de la circunstancia para breves reflexiones.

Vivimos una etapa procelosa en nuestra sociedad, que angustia, en la cual conceptos tan esenciales como el de dignidad humana han sufrido y vienen sufriendo mengua, dado que este valor esencial de la persona es constantemente pisoteado por actores violentos, de diversa etiología; esta dolencia va ganando generalización y simultáneamente indiferencia para sus graves consecuencias, lo cual conduce a la desintegración social. De ahí que fortalecer los conceptos de dignidad humana y sus fueros imprescriptibles, sea ahora necesidad vital. Probablemente no hay mejor medio de difusión y de enseñanza que la escuela para realizar actos fundacionales de dignidad humana y sus propios mecanismos de defensa. Formas como la amistad, el amor propio, el criterio y su medida, el ejemplo de los hombres de bien, resultan insustituibles en la acreditación del concepto, porque son vehículos para el ejercicio de la dignidad. Hoy

debe enseñarse, siguiendo al filósofo español Gregorio Peces-Barba, que la dignidad humana es un referente moral, político y jurídico, con categoría de valor o principio, porque sirve de base al concepto indispensable de derechos para la persona. Y como la persona y la sociedad requieren constantes procesos de humanización y de racionalización, de ellos surgen las mentalidades defensoras y practicantes de la dignidad social a efecto de que se extienda al mayor número.

Es incuestionable que a la mala escuela, sigue la mala sociedad. La excelsa tarea de enseñar es el oficio más honroso y más humanizante de cuantos existen. Esta tarea ha de comprender todas las escalas que tiene la educación en un país dado, porque si los primeros maestros no han realizado bien su trabajo, en la Universidad sólo podemos ser maestros de tercera clase. Y de ahí surge la necesidad de que la Universidad busque subsanar deficiencias mediante cursos remediales. La estratificación de la sociedad nos impele a velar por la formación de los primeros estratos de la escala socioeconómica.

Decía que la educación es el oficio más humanizante, porque es base de la convivencia democrática. La mayor riqueza colombiana no es el carbón o el petróleo, sino nuestros hombres y mujeres, que están en permanente disposición de anhelar el cambio para mejorar, y no para destruir como desgraciadamente lo entienden quienes piensan en la barbarie como herramienta de cambio. Si los humanos somos seres en tránsito, y no realidades concluidas, del conjunto humano han de salir, mediante la educación, los constructores de sociedad, de progreso, de futuro, que es lo que necesitamos, por lo cual hemos de neutralizar todos los intentos destructores que irrumpen en ciertos momentos de crisis y desconcierto.

No renunciemos a preparar personas para servir a la sociedad, orientándola; neutralizando los seres deshumanizantes y deshumanizados, sin piedad por sus semejantes. Tuvimos una República cuya vieja armazón honorable tenía hombres puros y hondos sentimientos; en tales virtudes nunca hemos de mirar dicha armazón como inservible. Hoy tenemos delante de nosotros éxitos surgidos de fogonazos repudiables, que necesitamos rechazar, que no podemos oportunistamente seguir por la única razón de que hayan tenido éxito. Necesitamos rechazar el oportunismo como fórmula de salvación; en esto hemos de pensar con firmeza, porque en una nación donde así se piense no cabe la falta de honradez. No hemos de permitir, que lo que antes fue rigor moral se convierta ahora en elasticidad pecaminosa.

Cuando pienso en cuanto hoy espera de nosotros la educación, encuentro que todos podemos hacer nuestro el pensamiento del Presidente Alberto Lleras, aplicable a la gran tarea educadora: "Hay que abrir a cada Colombiano una esperanza cierta, una oportunidad operante, una expectativa legítima"; luminosa consigna que el 3 de julio venidero será inscrita en placa conmemorativa que se fijará en el edificio del capitolio nacional por decisión del Congreso de la República, en la fecha en que se conmemora un siglo del nacimiento del insigne repúblico.



# Principio de Seguridad Jurídica

Francisco Sacristán Romero

## **PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA**

AUTOR: Francisco Sacristán Romero

DIRECCION: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas.

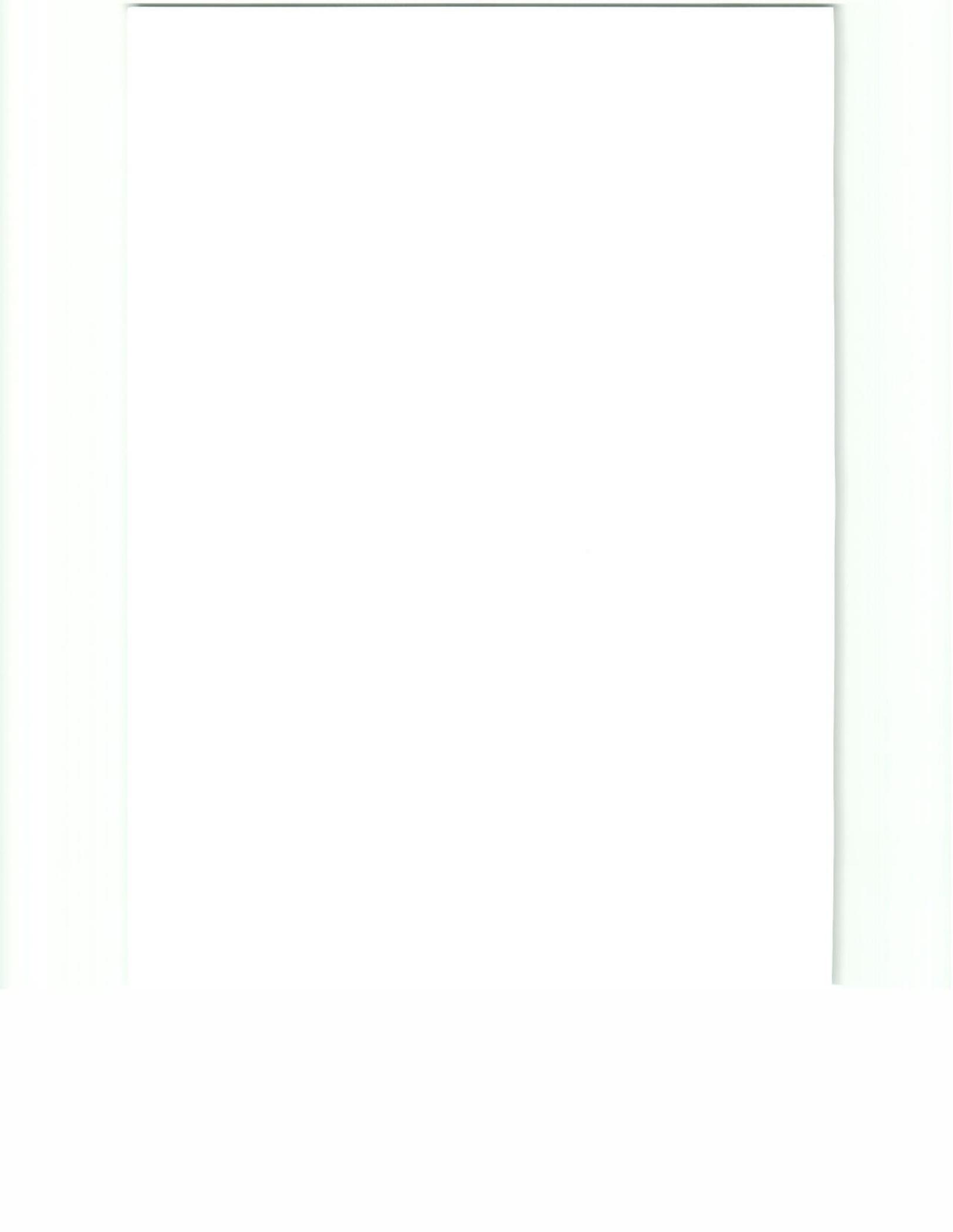
FECHA DE RECEPCIÓN: Febrero 6 de 2006

DESCRIPTORES: Derecho, seguridad jurídica, instituciones, cultura, individuo

RESUMEN: El derecho se entiende como una construcción cultural permanente, en la cual se debe tener en cuenta los aspectos intersubjetivos, culturales, comunicativos, y de certeza que le den al individuo una verdadera información acerca de sus derechos y libertades sociales

KEY WORDS: Law, legal security, institutions, culture, individual

ABSTRACT: The legal security right is understood like a permanent cultural construction, in which it is due to consider the intersubjective, cultural, communicative aspects, and of certainty for citizens that a true information about their rights and social liberties is given.



# Principio de Seguridad Jurídica

---

Francisco Sacristán Romero

## JUSTIFICACIÓN

**E**l interés por la realización de este artículo de investigación no es gratuito ni obedece a ningún otro tipo de motivos que no sean los estrictamente académicos investigativos.

Principalmente obedece a mi curiosidad por profundizar en la importante simbiosis que entiendo existe entre la norma jurídica y su caracterización pública, a la apremiante necesidad de que la norma jurídica sea publicitada y difundida para cumplir con uno de los principios más cruciales de la justicia: el principio de SEGURIDAD JURÍDICA. Debo confesar que este interés se inició a partir de los primeros contactos que tuve en mi vida universitaria pasada con asignaturas de corte jurídico durante los cursos 2º, 3º y 5º de Ciencias de la Información (Plan Antiguo) en la Universidad Complutense de Madrid (una asignatura por cada curso) hace ya unos cuantos años y sobre todo por las clases que en 5º Curso nos impartió el Profesor de Derecho Constitucional Dr. D. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, al cual le estaré inmensamente agradecido como el resto de mis compañeros por las amenas y prácticas sesiones de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas que nos brindó en su momento.

Quizás desde mi óptica personal, por encima del proceso solemne y rígido que toda norma jurídica ha seguido antes de ser sancionada y promulgada, sea la PUBLICIDAD que se debe dar a esa norma la que se sitúe en la cima respecto a las fases anteriores. No quiere esto decir y por eso creo crucial matizarlo que anule la importancia y funcionalidad que tienen el resto de las fases de preparación, constitución y discusión de una norma jurídica cualquiera que sea su alcance. Pero sí creo firmemente que sin publicidad una norma jurídica no puede ser considerada como tal, no puede ser estudiada en profundidad su faceta de **EFICACIA**, tan importante, al menos como las otras dimensiones de legitimidad y legalidad que toda norma jurídica comporta.

El título que da nombre a este trabajo es vital para entender la idea básica que persigo en mis postulados. Vehicular la norma jurídica como “medio de comunicación social” no es equipararla exactamente a las funciones propias que todo medio de comunicación social cumple ya sea en su vertiente profesional o en la más general.

Es concebir la norma jurídica como “proceso de comunicación” con todos los elementos que le son propios a este proceso pero que fundamentalmente se pueden resumir en tres: -emisor, canal y receptor.

La importancia que para la sociedad en su conjunto y para juristas e informadores en particular puede tener el famoso artículo 20 de la Constitución española de 1978 pasa por entender que una norma jurídica, intrínsecamente considerada, es bastante similar al concepto global de COMUNICACIÓN en estado puro. Intento explicar esta postura con más detenimiento. Si aceptamos que una completa definición de la norma debe reunir esas tres dimensiones aludidas en líneas anteriores, es decir, legitimidad o validez filosófica, legalidad o validez dogmática y eficacia o validez social, y emparejamos estas tres específicas y concretas dimensiones a los conceptos de emisor, canal y receptor, respectivamente, necesarios e imprescindibles en todo genuino y riguroso proceso de comunicación, podríamos sospechar, al menos, que **norma jurídica y comunicación** se parecen en notable grado.

Ligar “legitimidad” a “emisor” es entender que toda norma jurídica, además de someterse al ordenamiento jurídico, se somete a un **ORDEN JURÍDICO** que, conformado por una serie de principios inspiradores, se articulan como un auténtico emisor u origen de futuras normas jurídicas. Son la fuente desde donde mana el chorro de agua que nos da vida y seguridad a todos. Constituyen, en definitiva, valores ontológicos que, para una gran parte de la doctrina están muy por encima del ordenamiento jurídico entendido como conjunto de normas jurídicas “positivas”.

La ligazón entre “legalidad” y “canal” es concebir el principio de legalidad que toda norma jurídica debe cumplir como el medio de transmisión necesario sin el cual no podemos establecer un nexo de unión entre el emisor y el receptor de la norma jurídica. Positivizar esos principios inspiradores es imprescindible para hacer partícipes a los destinatarios de la norma jurídica de la necesidad que tiene la sociedad humana de regularse por una serie de preceptos que hagan más viable, más segura y sobre todo, más pacífica la convivencia en común. Probablemente una de las mayores virtualidades del Derecho sea llegar a la resolución pacífica de los conflictos como **último recurso**. Y subrayo lo de último recurso porque si no existiese como tal el Derecho, la especie humana tendría pocas posibilidades de haberse erigido en nuestro planeta como la especie superior que es. Si algo denota el Derecho es la fuerza de la RAZÓN, la victoria aplastante de la razón sobre los impulsos más primarios que continuamente hacen que las guerras y luchas violentas sean una constante en la historia de los pueblos.

Y, por último, vincular “eficacia” a “receptor” es dotar a la norma jurídica de sentido y significado. ¿Qué sustantividad podría tener una norma jurídica que no fuera dirigida a la sociedad ni pudiera ser aplicada entre los ciudadanos?

Creo que sería hacer castillos en el aire como cuando los folios escritos por poetas y novelistas se quedan en el cajón del pupitre.

Entender la norma jurídica en su dimensión fáctica, como fenómeno social que necesaria y escrupulosamente debe ser conocido por el conjunto de los ciudadanos es la etapa final de un proceso comunicativo que sin destinatarios carece de toda validez y efectividad. Es, en definitiva, concebir la norma jurídica, más allá de su ropaje gramatical, en su vertiente **PRÁCTICA**.

El Derecho es más práctico que teórico. Precisamente la fuerza del derecho reside en esa cara pragmática, en saber que si nos saltamos un semáforo en rojo nuestra acción puede ser castigada, que nuestra libertad irremediabilmente está sometida a unos límites, que de no existir, pondría en peligro la supervivencia de la especie humana.

Santander, julio de 2005.

## 1.- INTRODUCCIÓN

La Constitución española de 1978 estipula en su artículo 20.3 d) que se reconocen y protegen los derechos a “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. Así, la atención se centra en las actividades de “comunicar o recibir información”, contempladas dentro del entramado de los restantes derechos humanos, algunos de los cuales serán previos, otros virtualizarán su eficacia real e, incluso, matizarán las facultades integradas en él.

La información hoy es una necesidad de carácter vital elevada al rango de derecho fundamental de la persona por razón de su propia naturaleza, que debe ser reconocida y respetada por todo poder, autoridad y norma positiva. Negar al individuo el acceso a sus fuentes supondría mutilar su personalidad, atentar contra su curiosidad intrínseca(1).

Tal derecho es la proyección de la dignidad que el hombre puede potenciar mediante diversidad de conexiones, definiéndose a modo de libertad concreta imprescindible. Se trata de “formas de libertad”, no sólo en cuanto vigencias culturales, sino también en cuanto valoraciones insertas en el seno de las instituciones jurídicas(2).

Por otra parte, el reconocimiento llevado a cabo por la Constitución española adquiere una trascendencia especial, ya que los instrumentos de información y de comunicación no pueden aislarse de su contexto histórico inmediato, al ser una manifestación típica de la sociedad conformada por su acción pública.

Consiguientemente, el binomio sociedad-comunicación aparece en forma de punto de partida. La información y el proceso de comunicación son el engendramiento de una técnica que posibilita la fijación y difusión de mensajes por el que la sociedad aumenta su grado participativo, discerniéndose la libertad comunicante(activa) que se coloca en el punto de vista de quien tiene algo que comunicar; y el derecho a recibir información(pasivo) situado en el terreno del receptor, no es una libertad de hacer, es una libertad de recibir(3).

España que, conforme al artículo 1.1 de la Constitución de 1978, se constituye en “Estado social y democrático de Derecho”, cuyos valores superiores del ordenamiento jurídico son “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, propugna el contacto, el conocimiento, ampliando constantemente el número de los sujetos y la extensión y profundización del objeto, en aras de que las comunicaciones sean el fundamento insustituible para una verdadera y efectiva sociedad democrática, edificada sobre la igualdad dinámica de aportaciones.

En suma, de un lado, es un derecho individual como soporte de la personalidad y, de otro, un derecho social, amparante de la libertad como realidad social. Finalmente, es un derecho que protege libertades negativas, o ámbitos de autonomía personal y corporativa, requeridores de la garantía positiva de las condiciones que la hagan efectiva(4).

En la experiencia cotidiana las interpretaciones de lo que el Derecho es son muy variadas; por ejemplo, caben, entre las más frecuentes: la de orden justo y equitativo; norma o conjunto de normas que regulan nuestra conducta social; garantía o protección, restricción o límite del ámbito de actuación de la libertad de cada uno; sanción de una conducta; disposición o mandato; orden, imposición, decisión; acuerdo, pacto o consenso de voluntades; resolución de conflictos y litigios; facultad y pretensión; modelo de ordenación y organización de la vida social; institución; Ciencia,...(5). Pero, si focalizamos la concepción del Derecho en la norma jurídica, es evidente que es una entidad lógica y, desde que se convierte en efectiva, socialización de comportamientos humanos.

Constatada la visión anterior me propongo estudiar la faceta comunicadora-informativa de la norma jurídica, los medios de los que se vale y la relevancia de sus resultados, abordando las cuestiones desde una perspectiva empírico-filosófica empleada como método de análisis. No cabe duda que la reflexión ha de tener, para ser completa, una vertiente teórica filosofante, estimativa del hecho de la información y de la comunicación social que analice, propiamente, la situación presente.

Por tanto, hay que rechazar las doctrinas que no vean la particularidad de la información, el idealismo subjetivo que comprenda la información como simple apariencia, y el idealismo objetivo que observe un principio independiente de la materia, a causa de ser concepciones unilaterales del tema(6).

## **2.- EL ROL COMUNICATIVO E INFORMANTE DE LA NORMA JURÍDICA**

El Derecho no se agota en la acción, se proyecta en el ámbito de la conducta habitualizada y debida, con lo que la norma jurídica se define, siguiendo a Sánchez de la Torre(7), como "medio de comunicación del orden jurídico, que expresa a los sujetos que participan de una situación, donde se halla implicada su respectiva libertad, cuál ha de ser su conducta para hacer compatibles sus respectivos intereses, y cuáles serán las consecuencias que el orden jurídico asegura para cada sujeto, tanto en la opción de atenerse a dicho criterio, como en la de infringirlo".

Cuando hablamos de “comunicación social” expresamos la acción de todo tipo de información, dirigida a cada sujeto y a la sociedad en conjunto. Los términos “comunicación” e “información” designan un proceso, uno y otro se perfeccionarán substancialmente-no sólo formalmente-en el supuesto de que el mensaje sea recibido con corrección y asimilado por el destinatario.

La diferencia que existe, grosso modo, entre ambos vocablos es que el primero es un acto, manifestación o traslado hecho a cada una de las partes de lo dicho por la otra parte y el segundo es un resultado significativo de la inclusión de elementos-materiales o inmateriales-en algún sistema clasificado para informar(8).

Considerado el estado actual de la información, ésta podría describirse a modo de organización del diálogo social adaptado a la situación de la sociedad, con pretensión de universalidad en una triple dirección: en sus contenidos, en relación con el tiempo, y en relación con el espacio. Por tanto, para poder llegar a alcanzar la situación deseada, el proceso de organización genuino entre emisor y receptor, entre el Estado y los ciudadanos, evolucionada históricamente, ha tenido que ir perfeccionándose al ritmo que la sociedad ha procurado. Desde siempre la información ha sido resultado de una idea, de un proyecto inicial, de unos instrumentos técnicos, y de unos medios económicos que la hacen viable(9).

En consecuencia, si la comunicación es el enclave de muchas de las actividades humanas, y en la práctica es lo que pone en contacto a los objetos con las personas y a las personas entre sí,hablando científicamente,la interrelación se debe valorar en términos de sistemas de comunicación.El Derecho constituye un subsistema especializado compuesto por fenómenos básicos comunicativos,entre los que se cuentan las normas jurídicas(10).

Concretamente,reconduciendo las notas de toda norma jurídica,por ser regla de conducta,a la naturaleza regulativa que produce una obligación de comportamiento ciudadano y una obligación encargada de hacerla cumplir;y a la previsión que exige una pretensión de validez para los casos comprendidos en su contenido,la norma,evaluada como medio de comunicación,configura una serie de enlaces múltiples,ocasionales y flexibles,inmutables y rígidos(11).

### **3.-EL VALOR DEL LENGUAJE JURÍDICO A TRAVÉS DE LA NORMA**

El lenguaje es el instrumento con el que el hombre da forma a su pensamiento y a sus sentimientos individuales,a su querer y actuar,es el cimiento más firme y profundo de la sociedad que ejerce y recibe influencias del exterior servidoras

de fines y propósitos. Como bien decía Ferdinand de Saussure, el gran lingüista suizo de principios del siglo XX, el lenguaje es “la ventana que nos abre al mundo”. Gracias a él, las ideas se objetivan en unos signos inteligibles, desplegada una secuencia de palabras ensambladas en conjuntos mayores (frases), de acuerdo a reglas gramaticales (12).

Dentro del lenguaje ocupa una parcela de incalculable valor el denominado jurídico, del que sus nociones más importantes nos son familiares y útiles en la vida cotidiana, aunque una parte de sus contenidos son altamente técnicos e incomprensibles para los que son ajenos al mundo del Derecho, intentando reflejar una realidad de orden superior. A estos efectos son distinguibles, desde un primer momento, el enunciado del discurso legislativo, porciones o segmentos de un documento normativo, y las composiciones significativas, normas en sentido estricto. El enunciado normativo antecede a la hermenéutica y fija su objeto, el núcleo del significado de un enunciado normativo es producto de la exégesis (13).

La esfera social en la que se mueve el Derecho es la de la intersubjetividad, en esta relación es donde se aposenta la realidad normativa en forma de comunicación jurídica, siendo sus características más notables: La consistencia en cierta actividad de las personas, susceptible de representar actitudes, voluntades y conceptos comprensibles para cualquiera con el que se establezca una relación en la que los sujetos se explicitan para implantar una conexión comprometedora de ciertos bienes o actividades susceptibles de estimación económica conforme a su índole funcional.

La comunicación alteritaria de la norma jurídica se da a conocer con signos que cada experiencia va incorporando, hasta alcanzar cierto nivel de formalización racional. Esta comunicación simbólica conforma un lenguaje que juzga las condiciones en que cada sujeto puede emerger de su “yo”, para abrir el cauce de su instalación en el medio social. Tal lenguaje simbólico permite la universalidad del discurso inteligible referente siempre a la conducta de un sujeto en relación con otro, tendente a entrelazarlos y a delimitar sus comportamientos (14).

Desde una perspectiva regulativa, la norma jurídica reconoce un ámbito formal de la libertad. La fórmula “prohibitiva” revierte en la licitud general de todas las opciones posibles en determinada situación, excepto la prohibida. El estilo “imperativo” restringe la licitud de las opciones en la situación que no es la “imperativa”. La forma “indicativa” traza las posibilidades de conducta recomendadas para conseguir efectos jurídicos, del modo más sencillo, rápido y económico para el sistema.

La precisión de los textos normativos consigue alcanzar sus designios computando el mínimo de recursos con motivo de la articulación lógica de medios de expresión lingüística. Por tanto, la prohibición o el imperativo son algo referente al estilo, son modalidades aconsejadas por la economía de recursos lingüísticos, dejando un número indefinido de excepciones(15).

En realidad, lo que la norma jurídica encierra es una jerarquía de valores que construye un plexo de categorías de orientación axiológica, directivas del individuo en el mundo. El par categorial primario es el de bueno/malo, del que la traducción ético-social lo ha establecido en lo lícito/ilícito o lo permitido/prohibido. Estas categorías axiológicas son las unidades normativas que hacen comprensible el comportamiento individual en el marco de la sociedad. Se advierte, sin embargo, que la disyuntiva primaria corrobora sólo una planificación horizontal de las ideas de valor, lo que indica que las categorías orientadoras inyectan una movilidad semántica en cuanto a los objetos referidos(16).

En la dirección apuntada es aconsejable que las relaciones reguladas deban referirse a dos puntos esenciales: el orden y la medida. El reconocimiento de un orden en el objeto informado, accesible al entendimiento humano con la ayuda del intelecto y de los sentidos, le lleva a aproximarse racionalmente al universo de los objetos según una escala creciente de complejidad(17).

No obstante, lo expuesto ha de ser matizado puesto que el desenvolvimiento del lenguaje, en general, y de su semántica, en particular, es un problema de adquisición cultural. Se solicita la representación cognitiva del concepto, el contexto y la cultura.

El significado de las palabras está en función del contexto y de la situación humana dentro de la que son manejados. A veces, advertimos, en cambio, que una palabra reúne varios criterios que muestran una comprensión originaria central y extensiones metafóricas o figurativas paralelas.

Por añadidura, hay otros casos más complicados e interesantes de palabras concernientes a objetos que no presentan propiedades cualitativas comunes. Por último, hay un sector en el que los vocablos emergen con imprecisión y vaguedad(18).

#### **4.-LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA NORMA JURÍDICA EN SU FACETA PUBLICITARIA**

Según lo apuntado en un principio, la información es un proceso de comunicación que establece una relación entre dos términos-emisor y

receptor-a través de un medio que transfiere un contenido,por lo que se presuponen tres elementos intrínsecos,de los que nos ocuparemos a continuación,a saber:

- Dos sujetos:el emisor y el receptor.
- Un objeto:el mensaje.
- Un medio:el instrumento comunicador.

#### **4.1.-ELEMENTOS SUBJETIVOS**

Sociedad,individuo y comunicación son vocablos que se relacionan mutuamente,toda vez que es la comunicación la que crea sociedad y halla en ella su cohesión y la seguridad de su estabilidad.La profundización en la persona nos hace apreciar que el ser es comunicativo y se abre a la verdad y al bien,el hombre es relacional por sus potencias superiores de las cuales emana la comunicación(19).Por consiguiente,ser persona es ser capaz de comunicarse.El problema de la comunicación y el del hombre social están unidos íntimamente,son dos facetas de una única moneda(20).

Por medio de la alteridad la norma jurídica presupone una pluralidad de sujetos que entran en relación y actúan regulando las relaciones que instauran.Los conceptos de bilateralidad y de reciprocidad subrayan que de las relaciones jurídicas surgen poderes y deberes correlativos,en el doble sentido de que al poder del uno corresponde un deber en el otro(bilateralidad),y de que un sujeto no puede actuar respecto a otro,sin legitimar,en las mismas circunstancias,un comportamiento análogo respecto a él(reciprocidad)(21).

Abunda la creencia que pone de relieve el poder unilateral del comunicador sobre el del receptor.El emisor es el único que accede a la iniciativa del hecho informativo por la dificultad del propio medio y por la organización del trabajo.De algún modo,la defensa de los valores informativos se confían al comunicante,el cual tiene recursos para poder presentar un enunciado,siendo el destinatario quien debe ser tenido en cuenta como primer sujeto del derecho de la información.El receptor podrá acogerse o entrar en conflicto con el mensaje,haciendo o dejando hacer algo,modificando o alterando su representación de la realidad,conservando o variando sus creencias.Surge un período de interiorización(22).

En este orden de ideas los dos polos de la tensión noticiosa son activos,el sujeto técnico que otorga/gestiona la información y el sujeto social que la recibe,al tiempo que es fuente de las noticias al recrear la norma emitida.

La norma se dirige al conjunto de los ciudadanos sometidos a su vigencia, a los cuales impone, prohíbe o permite hacer algo, con las obligaciones y limitaciones pertinentes; y a los órganos del Estado, a los funcionarios y autoridades llamados a aplicar el contenido jurídico y a velar por su observancia. Esta característica de "generalidad" viene a ser la primera de las garantías del individuo frente al avance progresivo de las regulaciones socio-jurídicas estatales, opuestas a la "particularidad" y a la "singularidad", y vinculadas a una interpretación pragmática de los objetivos y valoraciones sociales bajo un concreto prisma del bien común.

Dicha "generalidad" nace como una pretensión derivada de las finalidades del orden jurídico. Una norma que no regule una relación por vía general abstracta no puede calificarse de jurídica, por ser el Derecho una regla de coexistencia social, reviste orden, igualdad y exclusión de arbitrariedad. Dándose los requisitos y supuestos previstos, la norma abarca mayor o menor número de personas y de relaciones regidas(23).

Coordinadamente, se aprecian dos notas sustantivas: La objetividad y la abstracción, que muestran la omisión de intromisiones personalistas, el plano secundario del sujeto gramatical que desempeñe el papel de emisor del mensaje, y la falta de apreciaciones atribuidas(24).

#### **4.2.- ELEMENTO OBJETIVO**

Información es sinónimo de transmisión de cierto número de mensajes, afirmaciones verdaderas o falsas a un individuo que las recibe, las deforma, las acepta, las rechaza, o permanece insensible. Sujeto y objeto no actúan absolutamente individualizados, en el encuentro el objeto modifica al sujeto y viceversa, interpretando el orden dado a conocer.

Por su parte, la vida social no es una totalidad homogénea, se compone de sectores que se influyen como un enjambre de conflictos y colaboraciones; la vida de cada uno confecciona un agregado de procederes orientados hacia un equilibrio específico. Por ende, lo que emite la norma jurídica es un mensaje estabilizador de la vida social, captador de las relaciones intersubjetivas, consiguiendo cierta estandarización de la conducta social, entretejiendo una transacción entre valores colectivos e individuales, e intereses de grupo(25).

En la proporción en que la sociedad pluraliza las acciones individuales, las enriquece y las coordina, los hechos jurídicos normativizados hacen real la

participación. En una palabra, toda relación jurídica pone al hombre en contacto con el mundo que le rodea. Comunicar es poseer algo en común, y el algo en que se coparticipa es un saber, un mensaje(26).

A su vez, el receptor humano tiene unas capacidades límite para procesar información, con el fin de comprender la complejidad de la realidad jurídica. En esta línea, el método es un instrumento ajustado a la acomodación de dos dimensiones: el objeto y el sujeto. El ajuste informativo será diferente en cada sociedad y momento histórico, sólo si hay conocimiento de la realidad hay genuina comunicación(27).

Evaluada globalmente, la gran finalidad de los medios de comunicación social es la de mantener vivo y profundizar continuamente en el conocimiento y la vigencia de aquellas verdades que, por distintos fundamentos de evidencia, se han constituido en certezas sobre las que se sustenta la convivencia plural en la libertad de la sociedad, reduciendo la incertidumbre por el mensaje que, de acuerdo con Norberto Bobbio(28), será completamente riguroso, o sea, se definirán los términos empleados; se observarán las reglas de formación y transformación de los enunciados; y se usarán con perseverancia semántica los términos, concertados con las definiciones.

La emisión transmitida es realización de la justicia en la vida social, traducida formalmente en una delimitación de las parcelas de licitud y deber, conjugadas las exigencias institucionales del bien común y las de la autonomía individual. Por lo cual, cada uno sabe a qué atenerse, conoce el margen de libertad dentro del que no puede ser impedido ni obligado, y sabe que hay acciones que está constreñido a hacer, conociendo cada cual su derecho y su deber. Al quedar delimitadas las esferas de licitud y deber se acota a los sujetos un patrimonio jurídico denominado "lo suyo", de cada uno(29).

Como ha sostenido Recasens Siches(30), el Derecho es una construcción cultural permanente en la que ciertas formas de la vida humana se asientan, gestándose y objetivándose en una interacción constante de necesidades, hechos, valores y normas. Por lo que es impensable un modelo de orden social correcto que no progrese para reflejar la realidad, viéndose la mediación comprometida en la suerte de la sociedad en la que media, simultáneamente que la sociedad es un fruto de la propia mediación.

En el proceso de comunicación que permite entenderse a quien realiza la experiencia y a quien solamente la observa, es destacable el mecanismo de un orden que entraña la consecuencia de que diversos sujetos puedan comunicarse lingüísticamente con referencia a sus experiencias.

Se origina un estado en el que no sólo son conocibles las expresiones normativas, sino también su fundamentación en hechos, necesidades o aspiraciones en cuya experiencia toma parte el observador. La conexión entre lo que "es" y lo que "debe ser" convierte a la regulación positiva en un valor cultural, unión que se vale de simbolismos sopesados con el sector normativo en el que las normas se encuadran, tratándose siempre, ya sean completas o incompletas, de parcelas de un conjunto más amplio organizado sistemáticamente y que sólo en su conjunción pueden ser plenamente comprendidas(31).

La norma jurídica, al ser forma de la libertad social, es determinación de signos racionales y de responsabilidad según el modo en el que la libertad responde a la llamada de algunos criterios valorativos. Organizando la libertad, organiza la sociedad, tanto cuando la limita como cuando la reconoce(32).

El problema de si la coacción debe ir anexionada a la norma jurídica ha preocupado desde antaño. Prescrito el mantenimiento del orden y de la paz social, no es posible dejarla sin cumplimiento, al libre arbitrio de los ciudadanos, y para imponerse, en caso de que la regla jurídica sea desconocida o violada será utilizada la coacción y obligado el infractor a respetar el mensaje. De forma que los medios comunicantes son, de una parte, las palabras expresadas y, de otra, los actos prácticos desencadenantes.

En general, la nota de imperatividad, obligatoriedad o exigibilidad revierte en que las normas jurídicas arrastran un mandato (positivo o negativo) que impone a los sometidos una conducta, bajo una sanción. Todo ello va ligado al carácter autárquico del Derecho, a la independencia de la voluntad de los sometidos a sus normas, sin quedar subordinado a su aceptación o reconocimiento(33).

Paralelamente, la norma jurídica persuade gracias a una donación de hechos e ideas, cuyo único conocimiento actúa como razonamiento sobre los individuos hasta obtener su convicción. El proceso comunicativo aparece entonces como influyente, tipificado en una presión que puede modificar los comportamientos, condicionado al destinatario que recibe la influencia porque supone un dominio sobre el ánimo(34).

Sin embargo, evaluar las normas como simples recursos coactivos no es exacto, si entendemos el Derecho como norma general de la libertad que se plantea en las relaciones jurídicas de los individuos y grupos, expresada en juicios acerca de qué tipos de intereses o de expectativas son deseables y conviene promover comunitariamente. La contradicción que puede haber entre el Derecho como "liberación" y como "coacción" ha de sustanciarse, por tanto, en la formación histórica del contenido y de la extensión de la libertad jurídica, a

pesar de que los rasgos psíquicos y sociológicos resultan de la doble dimensión subjetiva y objetiva de la proyección racional de la conducta jurídica(35).

#### 4.3.-MEDIO COMUNICADOR

Los medios de comunicación observan una función mediadora de interacción al servir de canales transmisores de cara a la sociedad,al menos potencialmente.El tratamiento diferenciado de la información de las normas jurídicas trae consigo la correspondiente especialización en funciones comunicativas,distintivas de alguno de los cauces interactivos en la sociedad.A partir de esa especialización la información pública llega a organizarse institucionalmente,legitimándose un procedimiento sistemático de adquirir,procesar y distribuir los datos que diseñan la norma.Nace así un sistema de comunicación identificable porque gozará de unas características distintivas,más o menos formalizadas según la complejidad que alcance el uso de la información en la colectividad.

La mencionada institucionalización se logra creando una organización a la que se le asignan recursos materiales y humanos.Las formas de producir,distribuir y consumir información están mediadas por productos comunicativos que han originado unos comportamientos muy diversos de aquéllos que están mediados por un producto,como,por ejemplo,los que aparecen oral o gestualmente(36).

El artículo 91 de la Constitución española dictamina que “el Rey sancionará en el plazo de quince días,las leyes aprobadas por las Cortes Generales,y las promulgará y ordenará su inmediata publicación”.Hay una remisión a tres clases de acciones:la sanción,la promulgación y la publicación.

Se distingue entre la sanción regia y la promulgación.La sanción es el residuo vacío de contenido de la antigua potestad de veto;y la promulgación una competencia común a los Reyes de las Monarquías parlamentarias y a los Jefes de Estado en las Repúblicas democráticas,comprobante de si en la ley se han oficiado las solemnidades obligatorias por la vía de su inmediata publicación(37).

Sancionar entraña un acto constitucionalmente político,de actividad soberana,en el que se confirma,con validez objetiva y con trascendencia pública regulada según las modalidades estipuladas en el ordenamiento jurídico,el texto de una ley.De la sanción se infiere la objetividad,la constancia general,la máxima eficacia,la presunción de conocimiento,la forzosidad y el inmediato control de las regulaciones.Por esto la legislación del Estado es

“intocable”, “inviolable” e “indiscutida”. La autoridad política suprema pone su firma al pie de la versión definitiva y ordena que sea dado a conocer públicamente(38).

En resumen, en la Constitución la sanción posee la misión de reforzar la dignidad inherente a todo ser humano, aseverada con la firma del Jefe del Estado; y la promulgación, debido a un propósito de recuperar solapadamente los poderes que encerraba la sanción regia y al haberse utilizado en España, normalmente, como una referencia alternativa a la publicación, es un trámite inútil como concepto alternativo a los de sanción y publicación.

Por el contrario, en el uso, los actos de la sanción y de la promulgación se fusionan en uno sólo. La promulgación, o bien queda sin desarrollo, o bien ha de ser practicada como el mandato de publicación. De otro lado, el mandato real dirigido a “todos los españoles, particulares y autoridades, (para) que guarden y hagan guardar la presente ley” no puede considerarse como la aplicación de la promulgación, ya que en el sistema español basado en el origen popular de los poderes del Estado (artículo 1.2.), la obligatoriedad emana de la aprobación dada por el orden legislativo. Redundantemente, se puede pensar que el anuncio inicial aprobatorio de las Cortes a los que “la vieren y entendieren”, forma parte del acto de sancionar, refrendado ministerialmente y expuesto en la publicación oficial(39).

En lo que se refiere a la publicación, ésta es un acto material atribuido al Ejecutivo que exhibe oficialmente la existencia y contenido de las leyes, una *condictio sine qua non* sin la que no pueden entrar en vigor ni ser aplicadas. Verdaderamente, como acto, añade poco o nada, pero aún así forma parte del procedimiento legislativo, es una garantía de la libertad individual que entraña la notoriedad y la certeza.

Su finalidad es la de reproducir fielmente la redacción previamente aprobada por las Cortes y sancionada por el Rey; se trata, en síntesis, de una condición indispensable para que la ley pueda desplegar su eficacia jurídica. Al articularse un aspecto de eficacia se impide su aplicación en tanto no se verifique.

A propósito del proceso cimentador de estructuras, el papel de la información es el de contribuir a la fijación de aquéllas que son mínimas y esenciales, manteniéndolas permeables al continuo perfeccionamiento al que está llamado el conocimiento más completo de las normas.

El artículo 2.1 del Código Civil dice que “las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa”, siendo extensible lo preceptuado, dictamina la jurisprudencia tradicional, a toda clase de normas jurídicas. El artículo 9.3 de

la Constitución española garantiza la publicidad de normas. Y el artículo 96 de la misma prescribe que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento español”(41). Por tanto, queda claro que, con miras a obtener un conocimiento general y para hacer obligatorias las normas jurídicas, éstas se han de publicar, siendo el BOE la publicación oficial.

Además en la Constitución española el principio en cuestión alcanza una dimensión nueva, más amplia que la prevista en el Código Civil. De forma similar a lo que sucede en el Estado, las Comunidades Autónomas y las Provincias, entre otros ámbitos territoriales, publican sus propios Diarios oficiales. A su vez, desde nuestra incorporación a las Comunidades Europeas (actual Unión Europea) en 1986, nos vemos compelidos a manejar las publicaciones de la Unión Europea, diarias y no inscritas en el BOE(42).

Ello corrobora que los medios de comunicación enunciados ejercitan dos funciones principales: primordialmente, una pretensión de la realidad tal cual es, para que todos tengan conocimiento de lo que es correcto y es preciso conservar y, a sensu contrario, lo que hay que desterrar y rectificar. En segundo lugar, los medios empleados han de dirigirse a objetivos comunes convenientes(43).

El BOE, materialización de la comunicación social elaborada por la norma jurídica, pertenece a un estrato que es el de las objetivaciones ideadas por el ser humano, y la actualidad que genera en nuestro entorno es parte de la realidad. Es una forma social de comunicación en la que la información se produce y difunde todos los días laborables. La letra del BOE es oficial y auténtica, autenticidad que certifica el Jefe del Estado, y los particulares se ven sometidos al imperio de su contenido, sin que les esté autorizado indagar sobre la regularidad de la publicación(44).

La “situación de comunicación” lograda contribuye a una patentización de posibilidades y responsabilidades. La función desempeñada por el proceso informativo coadyuva a la creación o al perfeccionamiento de las acciones que, individual o colectivamente, desdoblán al hombre en la plenitud de su personalidad. Con lo cual se evidencia que sea una unidad básica de la inteligibilidad del Derecho, y que la conducta jurídica aparezca en el pleno de un proceso unitario, caminando por los sucesivos momentos en que el orden jurídico ejerce su control(45).

Por todo esto, las técnicas publicistas han de actualizarse ampliando las conductas de expresión y aumentando su riqueza formal, valiéndose de todo tipo de combinaciones; adaptando los instrumentos que se han ido creando a

las exigencias del lenguaje humano y diversificando los contenidos informativos según los receptores y las técnicas usadas casuísticamente(46).

### **5.-CONSECUENCIAS CONCLUSIVAS:LA SALVAGUARDIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA**

Brevemente decir que por “legalidad” entendemos la existencia de leyes y el sometimiento a ellas y es también un requerimiento del poder y la forma en que se descubre el Derecho.El Derecho consta de normas y éstas son las que nos permiten hablar de un sistema de legalidad(47).

De acuerdo con lo expuesto,se comprende que esta sistematización aparezca estrechamente vinculada a la seguridad al experimentar todo Derecho y,por ende,toda norma jurídica un valor o una función de seguridad en cuanto que cristaliza en un sistema de legalidad.

La seguridad,la certeza,la previsión,la dirección y el ajuste que las normas pretenden para que la gente sepa a qué atenerse,cómo se ha de comportar y qué le puede acontecer si no cumple con lo que se prevé públicamente,trae consigo,recubierta de una formalidad,cómo han de efectuarse los comportamientos.

La particular sanción,exteriorizada por su publicación,nos comunica pues que estamos obligados a cumplirla puesto que en caso contrario,se ejecutarán las consecuencias dispuestas(48).

A modo de paréntesis,es condición insoslayable el cultivar la veracidad informativa o acomodación a la realidad objetiva,siendo la verdad,más que el objeto de la comunicación,el medio comunicante que permite a los sujetos asumir un dato unívoco para ambos.El elemento mencionado se remite,fundamentalmente,a ciertas relaciones normativas;naturaleza-entorno;constancia-variabilidad;estabilidad-cambio(49).

Igualmente,la sanción,promulgación y la publicación han de efectuarse en un plazo y los quince días señalados deben comenzar a contarse desde el momento en que obra oficialmente en poder del Rey,siendo el marcado un máximo que no tiene por qué agotarse.La publicación habrá de ser inmediata para evitar toda clase de demora injustificada,recayendo la obligación en el Gobierno,del que depende el BOE.Junto a lo anterior será obligatorio,desde una perspectiva constitucional,que el Diario sea distribuido y vendido inmediatamente en el territorio nacional y que los precios de suscripción y venta sean reducidos para su asequibilidad(50).

En definitiva, se relaciona el principio de publicidad de las normas con el de legalidad, sin publicidad no hay una norma previa habilitante de la actuación administrativa; y con el de seguridad jurídica, en la medida en que si faltara publicidad no sería estimada la presunción *iuris et iure* de conocimiento de las leyes sustentada en el artículo 6.1 del Código Civil: "La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen" (51).

Obtenemos, así, la certeza ordenadora de las situaciones individuales alumbrada por la seguridad que otorga el principio de legalidad, ya que la totalidad de los sujetos sabrán a qué atenerse en cualquier ámbito de relaciones. Aunque, en última instancia, la seguridad perseguida da un paso más al ser evaluada socialmente, demostrándose la correspondencia con la justicia porque tal criterio reside en el respeto a la personalidad humana (52).

He resumido a modo de decálogo las conclusiones que estimo más importantes de este ilusionante trabajo del primer cuatrimestre de la asignatura DERECHO POLÍTICO I, a saber:

1ª.-La información como en ningún otro momento en la historia del hombre se configura como una necesidad vital, elevada al rango de derecho fundamental de la persona por razón de su propia naturaleza y que debe ser reconocida y respetada por todo poder, autoridad y norma positiva.

2ª.-La información es de un lado un derecho individual como soporte de la personalidad y, de otro, es un derecho social, que ampara la libertad como realidad social. Pensemos en este sentido que los últimos conflictos bélicos de trascendencia mundial han tenido a los servicios de comunicación e información como uno de los pivotes básicos a la hora de realizar diferentes estrategias de ataque o defensa.

3ª.-La norma jurídica, atendiendo al profesor Sánchez de la Torre, se debe entender como "medio de comunicación del orden jurídico, que expresa a los sujetos que participan de una situación, donde se halla implicada su respectiva libertad, cuál ha de ser su conducta para hacer compatibles sus respectivos intereses y cuáles serán las consecuencias que el orden jurídico asegura para cada sujeto, tanto en la opción de atenerse a dicho criterio, como en la de infringirlo".

4ª.-Considerado el estado actual de la información, ésta podría describirse como una modalidad de organización del diálogo social adaptado a la situación de la sociedad, con pretensión de universalidad en una triple dirección: en sus contenidos, en relación con el tiempo y en relación con el espacio.

5ª.-Son distinguibles,desde un primer momento,el enunciado del discurso legislativo,porciones o segmentos de un documento normativo,y las composiciones significativas,normas en sentido estricto.

6ª.-La esfera social en la que se mueve el Derecho es la de la intersubjetividad,en esta relación se aposenta la realidad normativa en forma de comunicación jurídica.

7ª.-Desde una perspectiva regulativa,la norma jurídica reconoce un ámbito formal de libertad.La fórmula "prohibitiva" revierte en la licitud general de todas las opciones posibles en determinada situación,excepto la prohibida.El estilo "imperativo" restringe la licitud de las opciones en una situación determinada.

8ª.-El Derecho se entiende como una construcción cultural permanente en la que ciertas formas de vida humana se asientan,gestándose y objetivándose en una interacción constante de necesidades,hechos,valores y normas.

9ª.-La norma jurídica,al ser forma de la libertad social,es determinación de signos racionales y de responsabilidad según el modo en el que la libertad responde a la llamada de algunos criterios valorativos.

10ª.-Los medios de comunicación observan una función mediadora de interacción al servir de canales transmisores de cara a la sociedad,al menos potencialmente.

#### NOTAS BIBLIOGRÁFICAS:

- (1) CASTÁN TOBEÑAS,J.:*Derechos del hombre*,Ed.Reus,Madrid,1985,
- (2) SÁNCHEZ DE LA TORRE,A.:*El Derecho en la aventura europea de la libertad*,Ed.Reus,Madrid,1987.
- (3) BENITO,A. y XIFRA HERAS,J.,Voz "Información" en Nueva Enciclopedia Jurídica,Ed.Seix Barral,Barcelona,1965.
- (4) GOROSTIAGA,E.: "Información,derechos humanos y Constitución".Instituto Oficial de Radio y TV,Madrid,1981.
- (5) RODRÍGUEZ MOLINERO,M.:*Introducción a la Ciencia del Derecho*,Librería Cervantes,Salamanca,1991.
- (6) REY MORATO,J. del:*Cultura y mensaje*,Ed. P. del Río,Madrid,1976.
- (7) SÁNCHEZ DE LA TORRE,A.: "Introducción al Derecho".Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho,Universidad Complutense de Madrid,1991.
- (8) ESCARPIT,R.:*Teoría general de la información y de la comunicación*,Icaria,Barcelona,1981.
- (9) BALLE,F.:*Información y sociedad:antiguos y nuevos desafíos*,EUNSA,Pamplona,1983.
- (10) RUESCH,J.:*Comunicación.La matriz social de la psiquiatría*,Paidós,Barcelona,1984.
- (11) RODRÍGUEZ MOLINERO,M.,op. cit.
- (12) FERRATER MORA,J.:*Indagaciones sobre el lenguaje*,Alianza Editorial,Madrid,1980.

- (13) OLIVECRONA,K.:*Lenguaje jurídico y realidad*,Centro Editor de América Latina,Buenos Aires,1968.
- (14) CASTÁN TOBEÑAS,J.:*Derecho civil español común y foral*,Ed.Reus,Madrid,1986.
- (15) HERRIOT,P.:*Introducción a la psicología del lenguaje*,.Ed.Labor,Barcelona,1977.
- (16) DELGADO OCANDO,J.M.:*Consideraciones sobre los elementos semióticos del Derecho*,Centro de Estudios de Filosofía del Derecho LUZ,Facultad de Derecho,Maracaibo,1975.
- (17) REY MORATO,J. del:op.cit.
- (18) CARRIO,G.R.:*Notas sobre Derecho y lenguaje*,Abeledo-Perrot,Buenos Aires,1990.
- (19) XIFRA HERAS,J.,Voz "Información",cit.
- (20)ALVIRA R.:*"Filosofía política y filosofía de la comunicación"*,en revista *Filosofía de la comunicación*,Madrid,1995.
- (21) LUMIA,G.:*Principios de teoría e ideología del Derecho*,Debate,Madrid,1989.
- (22) MARTÍN SERRANO,M,op.cit.
- (23) CASTÁN TOBEÑAS,J.:*Derecho civil*,op.cit.
- (24) HERNÁNDEZ GIL,A.:*"Saber jurídico y lenguaje"*,tomo VI de sus Obras Completas,Ed.Espasa-Calpe,Madrid,1989.
- (25) LOPEZ ARANGUREN,J.L.:*La comunicación humana*,Tecnos,Madrid,1986.
- (26) PAOLI,J.A.:*Comunicación e información*,Perspectivas teóricas,Trillas,México,1983.
- (27) REY MORATO,J.:op.cit.
- (28) BOBBIO,N.:*Teoría de la norma jurídica*,Ed.Giappichelli,Turín,1985.
- (29) LEGAZ Y LACAMBRA,L.:op.cit.
- (30) RECASENS SICHES,L.:*Tratado general de Filosofía del Derecho*,Ed.Porrúa,México D.F.1986.
- (31) PEREZ GARCIA,R.:*Información y significado:hacia una teoría semántica de la información*,Ed.Universidad Complutense de Madrid,Madrid,1991.
- (32) LEGAZ Y LACAMBRA ,L.:op.cit.
- (33) BOBBIO,N.:op.cit.
- (34) BENITO,A.: op.cit.
- (35) ALARCÓN CABRERA,C.:op.cit.
- (36) MARTÍN SERRANO,M.: op.cit.
- (37) HERZOG,J.B.:op.cit.
- (38) GARCIA DE ENTERRIA,E. Y FERNÁNDEZ,T.R.: *Curso de Derecho administrativo*,Ed.Civitas,Madrid,1982.
- (39) SANTAOLALLA LOPEZ,F.:*"Artículo 91 de la Constitución Española"*,en *Comentarios a las Leyes Políticas*,Edersa,Madrid,1985.
- (40) RODRÍGUEZ-ZAPATA,J.:*Sanción,promulgación y publicación de las leyes*,Tecnos,Madrid,1987
- (41) La interpretación clásica ha convenido en creer que la publicación en el BOE es un acto normativo que transforma lo que sólo era Derecho internacional en Derecho interno.
- (42) RAMOS MÉNDEZ,F.:*Cómo estudiar Derecho*,Ed.Bosch,Barcelona,1991.
- (43) MOTA,I.H. de la,:*Función social de la información*,Ed.Paraninfo,Madrid,1988.
- (44) MARTÍN SERRANO,M.:op.cit.
- (45) BENITO,A.: op.cit.
- (46) BENITO A.:op.cit.

- (47) MARTINEZ-SICULUNA, C.: *Legalidad-legitimidad: la teoría del poder*, Ed. Actas, Madrid, 1991.
- (48) GONZÁLEZ CASANOVA, J.A.: *Teoría del Estado y Derecho constitucional*, Ed. Vicens-Vives, Madrid, 1980.
- (49) FOUCAULD, M.: *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Seix-barral, Barcelona, 1981.
- (50) RODRÍGUEZ ZAPATA, J.: op.cit.
- (51) VILLAR PALASI, J.L. y SUÑE LLINAS, E.: op.cit.
- (52) LEGAZ Y LACAMBRA, L.: op.cit.

# “La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos y su utilidad en el derecho moderno”

(Contribución al estudio de algunas posibilidades de aplicación práctica actual).

Marcelo J. López Mesa

## **Agencia oficiosa de gestión de negocios ajenos y su utilidad en el derecho moderno**

AUTOR: Marcelo J. López Mesa

DIRECCION: lopezmesa@ciudad.com.ar

FECHA DE RECEPCIÓN: Febrero 17 de 2006

DESCRIPTORES: Negocio jurídico, agencia oficiosa, cuasicontrato, Argentina

RESUMEN: La agencia oficiosa es uno de los cuasicontratos clásicos del derecho argentino, el autor hace un completo recorrido jurisprudencial y doctrinal del derecho argentino revisando desde el punto de vista de las obligaciones y derechos cada una de las partes de este instituto

KEY WORDS: Legal transaction, officious agency, quasi contract business, Argentina

ABSTRACT: The officious agency is one of the classic cuasicontratos of the Argentine law, the author does a complete jurisprudencial and doctrinal route of the Argentine law reviewing from the point of view of the obligations and rights, each one of the parts of this institute



# “La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos y su utilidad en el derecho moderno”

(Contribución al estudio de algunas posibilidades de aplicación práctica actual).

Marcelo J. López Mesa<sup>1</sup>

## I) Importancia actual de este cuasicontrato.

**A**ntes de entrar al análisis de la temática elegida, se torna necesario hacer una aclaración liminar: en la actualidad se conoce como gestión de negocios a lo que en antiguamente –y todavía, aunque en menor medida- se denominaba “administración de empresas”. Es así que los planes de estudios de numerosas Facultades de Economía de América Latina abrigan en su seno una materia que lleva este nombre y que nada tiene que ver con el objeto de estudios de este trabajo. Por nuestra parte trataremos aquí de sacar un nuevo lustre a una figura de rancia prosapia, pero que se encuentra oscurecida en nuestros días por la falta de aplicación cotidiana en la práctica de nuestros foros.

Uno de los cuasicontratos clásicos, que se asemeja bastante al contrato de mandato tácito, pero que no se confunde con éste, como veremos infra y que algunos códigos del siglo XIX denominan también “agencia oficiosa”<sup>2</sup>.

El tema de que nos ocupamos, no es precisamente de los que se han analizado más y mejor en el derecho argentino. Por el contrario, sólo ha sido objeto de un abordaje genérico –y mayormente de índole histórica- sobre las fuentes de las obligaciones.

Pero no se lo ha analizado en una perspectiva actualizada, que enfoque el presente y no el pasado, la praxis, en lugar de la teoría abstracta de una figura vista casi como una curiosidad de gabinete.

Trataremos de buscarle un costado nuevo a explorar: la gestión de negocios ajenos vista como un servicio y analizada desde el punto de vista de las obligaciones y derechos de cada una de las partes de este peculiar instituto. Lo hacemos convencidos que puede todavía en nuestros días tiene interés práctico esta rara avis de las fuentes obligacionales. No coincidimos con alguna doctrina española que ha expuesto que “se trata de una figura de escasa aplicación en la práctica...”<sup>3</sup>.

A poco que se reflexiones sobre la infinidad de gestiones de negocios realizadas por diversos profesionales respecto de sus clientes y sobre la infinidad de negociaciones oficiosas llevadas a cabo por apoderados excediendo sus atribuciones, se comprenderá que este instituto está mucho más presente en nuestra actividad cotidiana y en nuestros foros de lo que a primera vista pareciera.

A analizarlo desde un costado práctico van dirigidas las siguientes líneas.

## **II) Gestión de negocios: notas conceptuales**

Una gestión de negocios se configura cuando una persona «capaz» interviene espontáneamente o sin requerimiento de otra en uno o más negocios de ésta, contrayendo obligaciones en su nombre<sup>4</sup>.

Lo que caracteriza esencialmente a la gestión de negocios es que una persona, sin contar con mandato para ello, asume la defensa y administración de un interés ajeno<sup>5</sup>.

En esta línea enseñaba SALVAT que «existe gestión de negocios ajenos toda vez que una persona sin haber recibido mandato al efecto, toma a su cargo la administración de los negocios de otro»<sup>6</sup>.

Y CASTÁN TOBEÑAS afirma que “se llama gestión de negocios al hecho de encargarse una persona de asuntos o intereses de otra, sin haber recibido mandato de ésta y sin obligación legal de intervenir en ellos”<sup>7</sup>.

La definición legal está contenida en el art. 2288 del Cód. Civil argentino, que dispone: «*Toda persona capaz de contratar, que se encarga sin mandato de la gestión de un negocio que directa o indirectamente se refiere al patrimonio*

*de otro, sea que el dueño del negocio tenga conocimiento de la gestión, sea que la ignore, se somete a todas las obligaciones que la aceptación de un mandato importa al mandatario».*

El nuevo Código Civil brasileño sancionado en 2002, la define en su art. 861 diciendo que enténdese *“por gestión de negocios a la actuación de un individuo, sin autorización del interesado, en la administración de un negocio ajeno, según el interés y la voluntad presumible de su dueño, asumiendo la responsabilidad civil ante éste y las personas con que tratare”.*

Y el Código Civil de Chile establece en su art. 2286 que *“La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos”<sup>8</sup>.*

Jurisprudencialmente la magistratura argentina ha definido la figura diciendo que hay gestión de negocios cuando alguien no obligado por contrato ni por representación legal realiza espontáneamente una gestión útil para otro; la intromisión del gestor debe responder además de la espontaneidad, fundamentalmente a la imposibilidad en que se halla el dueño de tutelar sus intereses<sup>9</sup>.

Y un fallo español ha entendido que el supuesto típico de gestión de negocios ajenos se da cuando *“por ausencia del dueño -y debido a una situación de urgencia o necesidad- acomete un tercero actos propios de la administración ordinaria de un determinado bien sin tener relación alguna anterior con dicho dueño”<sup>10</sup>.*

Pero ¿qué es ontológicamente la gestión de negocios?

Una buena respuesta la ha dado Alejandro BORDA al decir que *“...nuestro Código Civil prevé un supuesto concreto de contrato a cargo de un tercero y es el de la gestión de negocios (art. 2288 CC y ss.). En efecto, los cocontratantes del gestor sólo tienen derecho a reclamar al propio gestor hasta tanto el dueño del negocio no lo ratifique; contra este último sólo podrán ejercer las acciones que contra él tenía el gestor (art. 2305 CCiv.)”<sup>11</sup>.*

La gestión de negocios constituye un acto que naciendo unilateral<sup>12</sup>, se vuelve bilateral por su ratificación, que lo convierte en un negocio representativo, al poderse imputar a partir de ese momento los efectos del contrato al dueño del negocio, a cuyo cargo el gestor contrató.

### **III) Distinción con el mandato tácito.**

La gestión de negocios constituye un instituto muy semejante al mandato tácito. Además no debe perderse de vista que, como bien ha dicho LORENZETTI, *“el mandato y la representación han sido tomados sobre la base del problema del cuidado de los bienes ajenos. El enfoque es bilateral:*

se trata de resguardar los bienes del representado y de limitar la actuación del representante. En el mandato, el mandante delega en el mandatario algunos negocios, confiriéndole o no representación. En la gestión de negocios ajenos, alguien se encarga de ellos, ante la ausencia del dueño"<sup>13</sup>.

Pese a esta proximidad, ambos institutos poseen notorios puntos de diferenciación:

**1) en relación con la existencia o no de una convención:**

bien se ha dicho que "no ha habido convención entre las partes, pero la relación jurídica que se estableció entre ellas en mucho se asemeja a un contrato de mandato; puede decirse que es casi un contrato de esa especie"<sup>14</sup>.

Pero "se distingue de éste por la inexistencia de previo acuerdo, por ser siempre gratuito y depender de ratificación (aprobación, por el dueño del negocio del comportamiento del gestor). Ésta puede ser expresa o tácita..."<sup>15</sup>.

CASTÁN TOBEÑAS traza una precisa diferenciación entre ambos cuando afirma que "tiene la gestión de negocios grandes analogías con el mandato, hasta el punto de que algunos autores franceses (Planiol, Colin y Capitant) estudian unidas estas instituciones. Difieren, sin embargo, en que el mandato, como contrato que es, requiere acuerdo de voluntades, expreso o tácito, mientras que en la gestión no hay tal acuerdo u el gestor procede por espontánea iniciativa. Ahora bien, si el dueño del negocio ratifica los actos del gestor, la gestión... se convierte en verdadero y expreso mandato"<sup>16</sup>.

SPOTA apuntaba acertadamente "no estamos ...ante un contrato, pues no hay consentimiento. Tampoco existe un acto ilícito. No media una obligación legal en sentido estricto, pues la obligación ex lege deriva exclusivamente de la ley y aquí se precisa la voluntad del gestor. De esta suerte, tenemos que la gestión de negocios es el resultado, por un lado, de la ley, que impone obligaciones al gestor y al dueño del negocio, y, por otro, de la voluntad del gestor, que quiere emprender los negocios ajenos. Desde este punto de vista, el acto es voluntario, pero no existe consentimiento contractual (o sea, que no se está frente a una voluntad contractual"<sup>17</sup>.

**2) en relación con el acatamiento de órdenes o instrucciones.**

En el mandato tácito siguiendo órdenes de su principal y en ejercicio de un poder; ninguna de ambas cosas ocurre en la gestión de negocios.

Bien dice LE TOURNEAU que el mandatario recibe el poder y al mismo tiempo la orden de intervenir en los negocios de su mandante<sup>18</sup>; ambos aspectos excluyen la existencia de una gestión, puesto que para que ella exista no debe haber ni mandato ni instrucciones del dueño del negocio.

**3) en cuanto al derecho de reembolso del gestor:**

En el derecho romano, la principal diferencia entre la gestión y el contrato de mandato, radicaba en que el mandatario tenía derecho a reembolso de todos sus gastos, mientras que el gerente solamente de aquellos que prestaran una utilidad al dueño; esta distinción se mantuvo luego en el derecho occidental y tuvo y tiene por causa evitar la ingerencia inoportuna de un tercero indiscreto<sup>19</sup>.

Se trata de una distinción muy neta entre ambas figuras: en nuestros días el mandatario debe ser indemnizado aun cuando su gestión haya sido inútil, siempre que se mantenga dentro de los términos de la manda conferida<sup>20</sup>.

**4) de acuerdo a la posibilidad de percibir una retribución o no.**

A diferencia del mandato el gestor no puede reclamar -salvo los intereses del art. 2298- retribución o perjuicios que le resulten de la gestión, según el art. 2300 del Cód. Civil, debido a la distinta causa que corresponde a cada figura<sup>21</sup>.

**5) de acuerdo a la incidencia de la utilidad en ambos:**

También se distinguen ambos por el influjo que el requisito de la utilidad tiene sobre ellos: en el caso del mandato la utilidad o no de la actuación del mandante no tiene mayor influencia. El mandatario debe ser indemnizado aun cuando su gestión haya sido inútil, siempre que se mantenga dentro de los términos de la manda conferida<sup>22</sup>.

En cambio, en la gestión de negocios la influencia de la utilidad de ésta es enorme y crucial: la utilidad legitima la actuación del tercero, que de otro modo sería una intromisión inadmisibles y dañosa en la esfera patrimonial del dueño<sup>23</sup>.

El gestor, solo tiene derecho al resarcimiento de los daños que sufriera o al reembolso de los gastos que efectuara cuando la gestión hubiera sido útil al dueño del negocio<sup>24</sup>.

**6) por la posibilidad del dueño de impedir su realización:**

Jurisprudencialmente se ha resuelto en nuestros días que la gestión de negocios se distingue del mandato tácito por la posibilidad del dueño del negocio de impedir su realización; así, existe mandato cuando aquél, encontrándose en condiciones, no hace nada para impedir la realización del acto, y gestión cuando tal posibilidad no esté a su alcance y sólo quede librado a su arbitrio ratificar o no lo obrado por un tercero<sup>25</sup>.

En similar línea se había decidido en un viejo precedente que lo que caracteriza al mandato tácito, distinguiéndolo de la gestión de negocios, es en verdad el silencio o la inacción pudiendo impedir los actos del mandatario, para cuya

posibilidad de oponerse obviamente, se requiera la adquisición de noticias sobre la actuación sujeta a aprobación o desaprobación<sup>26</sup>.

#### **7) por la unilateralidad o bilateralidad de su extinción.**

El mandato es un contrato entre mandante y mandatario, nace bilateral o se torna bilateral por la aceptación del encargo por el mandatario, pero puede extinguirse por voluntad unilateral de éste, expresando su renuncia o por la revocación por parte del mandante<sup>27</sup>.

Nada es igual respecto de la gestión de negocios, que nace unilateral, por la asunción espontánea del manejo de los negocios de otro y no puede luego unilateralmente concluirse, sino que como establece el art. 2290 C.C. argentino, "comenzada la gestión, es obligación del gerente continuarla y acabar el negocio, y sus dependencias, hasta que el dueño o el interesado se hallen en estado de proveer por sí, o bien hasta que puedan proveer sus herederos, si muriese durante la agencia". Este deber de continuar la gestión hasta que el dueño pueda hacerse cargo de ella no termina por voluntad unilateral del gestor.

Como bien dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, el deber de continuar la gestión "no cesa con un simple requerimiento al dominus, pero puede valer, no obstante, como causa legítima de renuncia del gestor cuando el dominus no tenga ningún obstáculo para gestionar por sí mismo. Aún así debe continuar su gestión hasta que el dominus haya podido tomar las disposiciones necesarias"<sup>28</sup>.

#### **IV) Función de la gestión.**

La finalidad inmediata del gestor es realizar uno o más actos jurídicos o materiales respecto al patrimonio de otro -siempre con la intención de obligar a su representado- y la mediata es reeditar una ganancia o beneficio para el dueño<sup>29</sup>.

Rubén COMPAGNUCCI DE CASO, ha desarrollado en un trabajo de su autoría la gestión de negocios, sus caracteres y efectos, en párrafos que merecen transcribirse: "... se vislumbra a la «gestión de negocios ajenos», como una posibilidad de ingresar en la órbita de la actividad de otros, con un sentido gratificante a la par que altruista. Ese interés está enderezado a proteger a los demás... es importante hacer notar el contenido moral que rodea al instituto, y como brilla y elude la máxima romana «culpa est inmiscere se rei ad se non pertinenti» (Digesto, De Reguli iuris 36.5)... Cuestión a la que los autores más relevantes han hecho referencia; verbigracia MESSINEO sostiene que constituye «un acto de solidaridad humana», o BARBERO resalta la

«conveniencia del hecho y la utilidad de la gestión», o BIONDI que habla de la «razonable atemperación entre el principio individualista que excluye toda injerencia, y el principio altruístico, que sabiamente disciplinado por la ley, redundando en beneficio del dominus».... A todo lo cual DE SEMO, reafirma: «La vitalidad de la institución aparece aun más intensa en nuestro tiempo, caracterizado por los frecuentes desplazamientos de las personas, la mayor facilidad y rapidez de los medios de transporte y por las intensificadas relaciones y tráficos internacionales. Esto, exactamente hace conveniente la espontánea iniciativa de los terceros o amigos, o vecinos, o también del todo extraños, en aquellos casos en que falta o se interrumpe la del dominus, a causa de su temporal o prolongada ausencia, o por otro obstáculo que se oponga al regular desenvolvimiento de sus negocios»<sup>30</sup>.

### V) Sistemática del Código Civil argentino.

Vélez reglamentó la gestión de negocios al final de los contratos, ubicándola como último título de la Sección Tercera del Libro Segundo del Código Civil<sup>31</sup>. El C.C. italiano (arts. 2028 a 2032) regla la gestión de negocios en forma independiente de los contratos. Este es el mejor método<sup>32</sup>.

Agrega páginas abajo el maestro SPOTA, en cuanto a la ubicación sistemática de la gestión de negocios que "...el campo del contrato no le resulta propicio. A lo sumo, podría hablarse de la gestión como un capítulo del mandato o como una continuación de éste. La solución del Proyecto de Reformas de 1936 lo es en este último sentido. Pero lo esencial resulta considerar a la gestión de negocios como un acto jurídico unilateral del cual emanan obligaciones, sea hacia el gestor, sea recíprocas, esa en la medida del enriquecimiento. Y en todo caso, procedería reglamentarlo independientemente de los contratos. Ya dijimos que lo estimamos el mejor método a seguir<sup>33</sup>.

### VI) Sujetos de la gestión de negocios.

En la gestión de negocios intervienen normalmente dos personas:

- a) **el gestor o gerente**, que es quien interviene en el negocio ajeno sin tener mandato; y
- b) **el dueño** (dominus negotii), que es la persona a la que pertenece el negocio gestionado por otro<sup>34</sup>.

### VII) Diversos supuestos de gestión de negocios ajenos.

Esta institución surgió en el Derecho romano, principalmente para proveer de

administración a los bienes de personas ausentes, pudiendo encontrarse su germen en el Digesto<sup>35</sup>; el supuesto inicial fue el del amigo que en forma espontánea atendía el juicio de un ausente o conservaba los bienes de una herencia hasta ser entregados a los herederos<sup>36</sup>.

En sus días iniciales, se trató de una figura de alcance muy acotado. Pero en el siglo XIX, doctrina y jurisprudencia admitieron numerosas aplicaciones de la gestión de negocios: por ejemplo, el notario que realiza trámites por su cliente, sin mandato de éste; el médico que sin asentimiento de su paciente, da intervención a un especialista, el abogado que apela o presenta un escrito urgente por un cliente del que es patrocinante, etc<sup>37</sup>.

Es innegable que “en principio, la intervención en la esfera jurídica de otra persona debe producirse con su consentimiento. Pero, atendiendo a criterios de solidaridad social, el ordenamiento reconoce determinados efectos a la gestión de negocios sin mandato que cumpla ciertos requisitos. Ello se explica porque algunos supuestos de gestión de negocios sin mandato son considerados como socialmente apreciables: en ausencia del propietario de un edificio que amenaza ruina, se contratan una serie de reparaciones, o se arregla una puerta para que no puedan entrar los ladrones; o se cobran las rentas de unos locales arrendados; o se asiste a un herido o a un enfermo, contratando los servicios de un médico”<sup>38</sup>.

Seguidamente veremos un listado meramente ejemplificativo de los principales supuestos de aplicación de la figura, ellos son:

**VII.a) Realización por un profesional de gestiones en beneficio de un cliente suyo, pero excediendo los términos de su mandato o en ausencia de mandato.**

Una situación corriente a la que no se presta atención –y que ni siquiera es vista como una gestión de negocios- es la que cumplen frecuentemente muchos profesionales en beneficio de sus clientes, sin mandato o excediendo los términos del mandato que se les ha otorgado.

LE TOURNEAU recuerda en su magnífica obra general que todo profesional interviniendo en el ámbito de su profesión, puede normalmente –según lo ha habilitado una jurisprudencia constante- presentarse como gestor de negocios de sus clientes, excediendo la misión que se le ha conferido<sup>39</sup>.

Agrega luego, con cita de jurisprudencia detallada, que esta solución ha sido admitida para diversas profesiones: arquitectos, abogados, notarios, agentes de seguros, garagistas, depositarios, empresarios, etc<sup>40</sup>.

En nuestro país algunos fallos han seguido un criterio similar; veremos algunos seguidamente:

a) En uno, referido a los abogados se dijo que la figura del gestor procesal se asimila a la del gestor de negocios ajenos que legisla el Cód. Civil y como tal encuéntrase sometido a las mismas obligaciones que la aceptación del mandato genera para el mandatario<sup>41</sup>; en un supuesto encuadrable también en esta categoría se decidió que no es indispensable el otorgamiento de poder al letrado para cursar una interpelación, en tanto puede actuar como mandatario tácito o en calidad de gestor de negocios; en ambas figuras, cuando se concreta la ratificación de la gestión por el dueño, la relación se sujeta a las reglas del mandato cubriendo eventuales defectos y operando retroactivamente<sup>42</sup>;

b) En otro, referido a los despachantes, se indicó que constituye un uso aeronáutico, que el despachante se halla autorizado implícitamente por el destinatario para formular el reclamo ante el transportista aéreo (art. 2°, Cód. Aeronáutico o, por lo menos, actúa en el caso como gestor de negocios de aquél, gestión que resulta ratificada con la demanda y la invocación del acta que el gestor suscribió<sup>43</sup>.

#### **VII.b) Realización de actos en nombre de la sociedad por un empleado o accionista sin poder suficiente.**

Otro supuesto de realización frecuente de gestiones de negocios es la asunción por parte de un representante de la sociedad de mayores atribuciones o facultades de las que estatutariamente y por mandato le han sido conferidas. En este caso, que es más frecuente, de lo imaginado, el administrador o accionista societario actúa como un verdadero gestor de negocios ante terceros<sup>44</sup>.

#### **VII.c) Gestión de bienes sucesorios por uno de los herederos.**

En un fallo se dijo que el administrador sucesorio de hecho es aquel heredero que, antes de la apertura del proceso sucesorio, sin mandato de sus coherederos se encarga de realizar actos de conservación o de administración del patrimonio y corresponde distinguir dos supuestos: uno es cuando los restantes cotitulares de la herencia tengan conocimiento de dicho proceder y lo consientan en cuyo caso existe un mandato tácito, y dos, cuando los restantes herederos ignoran la gestión y aplican las normas del gestor de negocios<sup>45</sup>.

Y en un caso similar se juzgó que En el supuesto de la existencia de bienes sucesorios y si de hecho, permaneciendo indivisa la masa hereditaria, alguno de los herederos la administra, se considera que existe el otorgamiento de mandato tácito por parte de los demás integrantes de la comunidad hereditaria,

si conocen y consienten tal situación, y si la desconocen, se da el supuesto del art. 2288 del Cód. Civil o sea la figura del gestor de negocios, lo que conlleva la obligación de rendir cuentas de su actuación<sup>46</sup>.

#### **VII.d) Realización de gestiones en beneficio de un difunto o sus herederos.**

Un autor brasileño brinda el siguiente ejemplo: "Una persona muere en el extranjero, su compañero de viaje recoge sus maletas y las despacha a los herederos, Éste practicó tales actos sin estar munido de poderes bastantes, pero, como tal comportamiento es útil, la ley ordena que se indemnice al gestor por los gastos hechos"<sup>47</sup>.

Otro supuesto, en este caso legalmente receptado es la realización de exequias funerarias por un tercero (cfr. art. 872 C.C. Brasil de 2002).

#### **VII.e) Pago por tercero.**

En un caso de hace unos veinticinco años se dijo que aun cuando el pago fuese hecho sin conocimiento del deudor, el tercero tendría como gestor de negocios, el derecho de repetir lo desembolsado para desinteresar al acreedor, no obstante la oposición del demandado habida cuenta que la deuda ha sido considerada válida<sup>48</sup>.

En un fallo reciente se decidió que "habiéndose acreditado que una inmobiliaria pagó la deuda del locatario y dado que no existió manifestación contraria de éste, resulta de aplicación el art. 727 del Cód. Civil en cuanto regula el pago hecho por un tercero no interesado en ignorancia del deudor, por lo cual aquélla está legitimada para demandar el reintegro de la suma pagada ya sea como gestor de negocios ajenos o subrogándose en los derechos del acreedor en los términos del art. 768 inc. 3 del Cód. Civil"<sup>49</sup>.

Y en supuesto encuadrable en similar categoría se dijo en otro fallo que el pago efectuado por la mutual que prestaba cobertura a la víctima de un hecho ilícito, en concepto de prestaciones médicas efectivas, configura un supuesto de pago por subrogación en los términos del art. 768 inc. 3 del Cód. Civil que si bien desinteresa al damnificado, no extingue la deuda a cargo del autor del siniestro, quien debe responder ante la entidad asistencial que ha obrado, al tomar conocimiento del hecho dañoso, como gestor de negocios<sup>50</sup>.

El nuevo Código Civil brasileño encuadra en este instituto al caso de quien paga alimentos en lugar del obligado, que estaba ausente (cfr. art. 871 C.C. de 2002).

**VII.f) Adquisición de un inmueble en nombre de persona no identificada.**

En un interesante caso se dijo que si quien comparece a la escrituración, manifiesta que el bien no lo adquiere para sí, sino para una sociedad anónima aún no constituida, resultan aplicables -al negocio- las reglas de la gestión de negocios no las de la representación, con mayor énfasis si el compareciente se cuida muy bien de invocar mandato de los integrantes del grupo social<sup>51</sup>.

**VII. g) El salvamento como gestión de negocios.**

La jurisprudencia y doctrina francesas han propuesto un nuevo ejemplo de aplicación de la figura cuasicontractual de la gestión de negocios ajenos: el salvamento de los bienes o de la vida de una persona a quien el salvador no está ligado por un contrato.

En esta línea se ha expuesto que el cuasicontrato de gestión de negocios parece el mejor adaptado a la situación del salvamento propiamente dicho<sup>52</sup>.

El salvador actúa en una forma altruista para ayudar a alguien. Esta calificación ha sido aplicada muchas veces por la jurisprudencia francesa<sup>53</sup>.

También alguna doctrina española ha postulado que "los negocios o asuntos objeto de la gestión pueden ser tanto patrimoniales, de carácter económico (pago de una deuda, adelantar fondos), como estrictamente personales (retirar a un automovilista de su coche en llamas, cuidar de un enfermo)"<sup>54</sup> y algo similar hemos sostenido nosotros en nuestro Tratado, expresando que "el gerente o gestor debe encargarse de uno o varios negocios de otro, sean éstos de carácter patrimonial o no patrimonial"<sup>55</sup>.

Pero diversas críticas se han hecho a esta solución. Se ha dicho que ella implica una deformación de la noción de gestión de negocios cuando el salvataje se ha realizado sobre una vida humana y no sobre valores patrimoniales o cosas<sup>56</sup>.

Para esta postura sería impropio denominar "gestión de negocios" a la situación en que un sujeto realiza los cuidados de un buen samaritano sobre el cuerpo o la salud de otra persona<sup>57</sup>.

En nuestro caso no estamos convencidos del todo de que el ámbito del salvamento como gestión de negocios se extienda más allá de la salvaguarda de bienes patrimoniales; obvio es que, tampoco ello nos parece óbice para reconocerle al salvador de una persona los daños que haya sufrido en el salvamento, puesto que ello sería llevar demasiado lejos estas ideas. Pero no nos parece que sea la gestión de negocios la figura aplicable al caso. Sí podría ella, en cambio constituir un buen ejemplo de gestión de negocios, cuando se refiera al salvamento de bienes o cosas.

### **VIII) Presupuestos requeridos para la existencia de una gestión.**

No toda actuación a nombre ajeno configura una gestión de negocios, en el sentido técnico del instituto; para que la actuación a nombre ajeno configure técnicamente una gestión de negocios deben concurrir una serie de presupuestos.

Por ello, se requiere analizar en detalle los presupuestos configurativos de esta institución, de modo de deslindar en casos concretos cuándo estamos en presencia de ella y cuando no. Tales presupuestos son:

#### **a) gestión de un negocio ajeno**

El gerente o gestor debe encargarse de uno o varios negocios de otro, sean éstos de carácter patrimonial o no patrimonial<sup>58</sup>.

El principal corolario de este requisito es sencillo de extraer: no existe gestión de negocios ajenos cuando se actúa en interés propio, aunque, indirectamente, se pueda beneficiar a un tercero<sup>59</sup>.

Bien se ha dicho que "ante las dificultades de prueba de este animus negotia gerendi se advierte que no es preciso investigar los móviles o intenciones concretas, sino que puede deducirse de las circunstancias con arreglo a criterios objetivos"<sup>60</sup>.

Alguna doctrina ha considerado que las razones de la gestión, pueden basarse en «un provecho de cualquier género, aun cuando sea moral y no apreciable en dinero»<sup>61</sup>, supuesto éste que según como sea interpretado, podría dar lugar a inconvenientes, por el excesivo celo que podrían poner gestores oficiosos en realizar actos no urgentes o no estrictamente necesarios para la gestión patrimonial<sup>62</sup>.

En algún fallo, con mayor tino, se ha juzgado que si bien no se requiere que la gestión tenga una utilidad material, sí debe existir una ventaja apreciable en dinero<sup>63</sup>.

La jurisprudencia argentina ha juzgado que la gestión de negocios supone que el gestor actúe respondiendo al exclusivo interés del propietario, obligándolo a éste (arts. 2288 y 2289, Cód. Civil), mientras el empleo útil exige que el agente no sea gestor de negocios ni mandatario (art. 2306, Cód. Civil); falta de intención de hacer un negocio de otro y obligar eventualmente al dueño, cuando no existe el «animus aliena negotia gerendi»<sup>64</sup>.

El alcance del requisito de ajenidad, ha sido magistralmente desarrollado por DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN en estos términos: "La ajenidad del negocio significa también que la gestión se deberá seguir en interés del dominus desde luego, aunque puede concurrir un interés propio del gestor. Piénsese en el vecino que contrata unos servicios para evitar que las averías en las cañerías del

piso superior produzcan daños también en su casa. El Código civil no es opuesto a ello, sino sólo a que el gestor posponga el interés del dominus al suyo propio. No prohíbe, pues, la concurrencia de intereses, sino que busque su propio interés a costa del ajeno...<sup>65</sup>.

Los tribunales argentinos han admitido implícitamente la gestión respecto de un interés común de gestor y dueño; así se ha dicho que si la gestión no tiene como fundamento una utilidad ni el evitar un daño, sino que la misma redunde en beneficio del que la hizo o, al menos, común, teniendo en miras el propio interés, no corresponde su reconocimiento<sup>66</sup>.

En la jurisprudencia española también se ha admitido la gestión de negocios «ajenos» cuando el asunto negociado es común, concurriendo, por tanto, junto con el interés ajeno, uno personal y directo del gestor<sup>67</sup>. En otras palabras, el interés de la gestión debe ser, al menos, en parte ajeno<sup>68</sup>.

#### **b) preexistencia de ese negocio.**

La gestión de negocios debe limitarse a los actos de administración, con la sana exigencia de que el negocio debe ser preexistente al inicio de la gestión, no pudiendo comprometer o crearle al «dominus» nuevos negocios<sup>69</sup>.

La nota al art. 2288 establece expresamente el requisito de preexistencia del negocio, no constituyendo gestión la creación de un nuevo negocio<sup>70</sup>, avalando prestigiosa doctrina esta solución, por cuanto “sería sumamente peligroso para los intereses del dueño autorizar la creación de negocios por el gerente”<sup>71</sup>.

Es así que la gestión de negocios ajenos puede consistir en mantener en marcha una explotación, en realizar actos ordinarios de administración de una finca o negocio, puede también consistir en extinguir obligaciones pendientes del dueño; pero no puede consistir en embarcarlo en nuevos negocios o crearle obligaciones<sup>72</sup>.

Interpretando un texto normativo compatible con el nuestro, ha dicho la Audiencia Provincial de Almería que la gestión de negocios ajenos, debe tender primordialmente a la estricta intención de extinguir la obligación<sup>73</sup>.

En síntesis: la gestión puede consistir en los actos necesarios para mantener un negocio en marcha o extinguir una obligación, pero no en crear uno nuevo.

#### **c) Utilidad de la gestión.**

La utilidad de la gestión es el centro de rotación, el eje, sobre el que los Códigos Civiles del siglo XIX, como el nuestro, han estructurado esta figura<sup>74</sup>.

La intervención espontánea de una persona en los asuntos ajenos supone, siempre una intromisión<sup>75</sup>; el derecho purga esa irregularidad inicial de la actuación cuando ella se manifiesta útil para el dueño del negocio.

Es así que, la presencia de la utilidad de la gestión, cambia radicalmente de aspecto la intervención de una persona en los negocios de otra; si ésta ejecuta una gestión útil, se llama gestor de negocios; si la gestión no es útil, o peor, es ruinosa, se denomina ingerencia indebida o ilícita en la esfera privada de otro y compromete su responsabilidad hacia el dueño de la cosa o negocio.

El art. 2301 C.C. estatuye que *“Si el negocio no fuese emprendido útilmente, o si la utilidad era incierta al tiempo que el gestor lo emprendió, el dueño, cuando no ratificó la gestión, sólo responderá de los gastos y deudas hasta la concurrencia de las ventajas que obtuvo al fin del negocio”*.

Y el art. 2302 C.C. edicta que *“Aunque el negocio hubiese sido útilmente emprendido, el dueño sólo responderá hasta la concurrencia de la utilidad al fin del negocio, si no ratificó la gestión, cuando el gestor creyó hacer un negocio propio; o cuando hizo un negocio que era común a él y otro, teniendo sólo en mira su propio interés; o si el dueño del negocio fuese menor o incapaz y su representante legal no ratificara la gestión; o cuando hubiese emprendido la gestión del negocio por gratitud como un servicio remuneratorio”*.

A tenor de dichas normas, entre los requisitos exigibles de la gestión de negocios, debe acentuarse el de la «utilidad»: de ello se deriva que si la gestión no tiene como fundamento una utilidad ni el evitar un daño, no corresponde su reconocimiento<sup>76</sup>.

El fundamento jurídico de estas mandas es obvio: la gestión de negocios “se estructura en el Código civil con un evidente carácter de excepcionalidad, como lo es en efecto la intromisión de un tercero en los asuntos ajenos. Por eso requiere que se trate de evitar un perjuicio inminente y manifiesto, es decir, una situación de urgencia, aunque de la gestión no resultase provecho alguno”<sup>77</sup>.

Pero qué significa en los hechos la “utilidad” de la gestión. Nos parece que deben diferenciarse dos situaciones: si el gestor actúa ante la ausencia del dueño, basta con que la utilidad para éste se evidencia al momento de iniciarse la gestión, aún cuando luego ella pueda desaparecer<sup>78</sup>.

En cambio, si el gestor actúa contra la oposición del dueño, sólo la efectiva utilidad de la gestión le permitirá ser reembolsado de sus gastos.

Coincidimos con CASTÁN sobre que la gestión debe ser iniciada útilmente, aunque en definitiva no produzca enriquecimiento al dominus<sup>79</sup>.

Como dice SPOTA, “el dueño del negocio queda sometido a las obligaciones que la ejecución del mandato impone al mandante (art. 2297), siempre que se esté ante el requisito establecido en la última parte del art. 2297; es decir, que el negocio haya sido útilmente conducido, aunque por circunstancias imprevistas no se haya realizado la ventaja que debía resultar o que ella hubiese cesado”<sup>80</sup>.

Jurisprudencialmente se ha expuesto que esa utilidad debe juzgarse al momento de su iniciación y apreciarse con criterio objetivo «como lo haría un buen padre de familia»<sup>81</sup>.

Pero debe analizar todavía en qué radica esa “utilidad”. En el derecho romano se entendía que una gestión era útil, cuando había sido utiliter coemptum, es decir, emprendida en vista de premisas que hacían evidente su conveniencia, aunque a veces el resultado final buscado no se lograra, como ocurría por ejemplo, si se prestaba auxilio a un esclavo ajeno herido, que no obstante ello fallecía luego<sup>82</sup>.

Otra pauta clara sobre su significado, la da Vélez en la nota al art. 2297, donde consigna que “...Es preciso no confundir, dice Zachariæ, la utilidad de un negocio en su significado jurídico con el provecho que saque el dueño. Un negocio puede haber sido convenientemente conducido para el dueño desde el principio hasta el fin, y tener un buen resultado sin que el dueño se aproveche de él por alguna circunstancia independiente de la gestión y del gestor. Así un negotiorum gestor, por ejemplo, se ha propuesto hacer reconocer y liquidar un crédito, y terminada la liquidación, el deudor quiebra y el crédito es perdido; el acreedor, en tal caso, no saca ningún provecho de la gestión, y sin embargo la gestión ha sido útilmente emprendida. Cuando la acción del gerente está fundada sobre la utilidad de la gestión, la acción que le corresponde es la del negotiorum gestorum. Cuando está fundada sobre el provecho que el dueño obtiene del negocio, su acción es de in rem verso», § 622, N.º 10”.

También no parece útil reflejar el criterio de la jurisprudencia española en este punto, dada la compatibilidad de ambas normativas.

La Audiencia Provincial de Granada resolvió que “el «dominus negotti» deberá responder en caso de que se haya aprovechado de las ventajas de la gestión, aprovechamiento de ventajas que, según reiterada doctrina y jurisprudencia, tiene carácter objetivo, de modo que bastará con que de hecho la gestión haya resultado ventajosa para el patrimonio del «dominus», con independencia de su voluntad, es decir, con independencia de que después se haya aprovechado voluntariamente de sus resultados, lo que no quiere decir que, en la práctica, la jurisprudencia, cuando el dueño del negocio realice actos de aprovechamiento de la gestión realizada en su favor sin poder o autorización, fundamente la prosperabilidad de las pretensiones del gestor en la existencia de una ratificación tácita, conforme a la regla «ratihabitio mandato aequiparatur»<sup>83</sup>.

En el derecho argentino la utilidad de la gestión ocupa ella sola el espacio que en otros ordenamientos comparte con la urgencia, que en nuestro derecho no es requisito para la configuración de la gestión<sup>84</sup>.

En Francia, la Corte de Casación ha considerado que la urgencia de los actos de gestión es un elemento decisivo de su apreciación<sup>85</sup>.

Aunque es dable aclarar que la doctrina francesa está dividida en cuanto al lugar que debe asignarse a la urgencia entre los elementos de la gestión de negocios. Para ciertos autores, "el simple buen sentido postula que el acto de inmisión en los negocios de otro, requiere un acto urgente para poder constituir una gestión de negocios"; se ha aclarado que es el precio, en efecto que el respeto a la independencia de las personas y los patrimonios exige, siendo la medida estricta de la ayuda mutua admisible<sup>86</sup>.

En sentido contrario, autores como FIORINA han sostenido que la urgencia no aporta nada ni a su fundamento ni a las condiciones de la gestión de negocios. Este autor ha expuesto que "su fundamento es moral: es el hecho de altruismo, la intención de actuar en interés de otro. Su principal condición es la utilidad<sup>87</sup>: es esa la exigencia fundamental del art. 1372 Code y la jurisprudencia ha admitido sin dificultad la existencia de la gestión de negocios en ausencia de toda urgencia, o sin hacer de la urgencia una condición de este cuasicontrato<sup>88</sup>.

Compartimos esta última opinión: nos parece que la urgencia es mal sustituto de la utilidad de la gestión y si están presentes ambas condiciones, basta con la utilidad para configurarla, no llenándose los requisitos si ella faltara<sup>89</sup>.

#### **d) Espontaneidad de la gestión.**

Debe tratarse de un acto puramente voluntario, no realizado por virtud de mandato o de una disposición legal<sup>90</sup>.

La jurisprudencia ha expuesto que la intromisión del gestor debe responder además de la espontaneidad, fundamentalmente a la imposibilidad en que se halla el dueño de tutelar sus intereses<sup>91</sup>, agregándose en otro fallo que la gestión de negocios supone la inexistencia de contrato que instruya al gestor, es decir, se presenta sólo ante la falta de encomienda o de orden del dueño del negocio; el gestor actúa espontáneamente<sup>92</sup>.

Esta espontaneidad de la gestión, es decir, la falta de obligación legal o contractual de actuar por parte del gestor o de instrucciones dadas a él por el dueño, constituye un requisito esencial para su configuración<sup>93</sup>.

La gestión constituye una actuación espontánea de alguien que, sin mandato previo, se encarga de la gestión de un negocio ajeno<sup>94</sup>; conforme nuestro Código para que exista gestión de negocios no debe existir entre dueño y gestor un vínculo obligacional previo. Se trata de un obrar espontáneo tendiente al logro de un negocio o de un deseo cualquiera para otro<sup>95</sup>.

Ahora bien, los maestros DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, hacen una interesante contribución en este punto, al explicitar que la falta de toda

obligación legal o voluntaria de asumir la gestión “no quiere ... decir que la gestión no pueda nacer si el gestor y el dominus están unidos por algún vínculo contractual. Puede originarse desde el momento en que se despliegue una actividad no prevista en el contrato o no impuesta por los usos o la buena fe)”<sup>96</sup>.

#### **e) Intención de obligar eventualmente al dueño del negocio**

Uno de los requisitos de la gestión de negociaciones que el gestor tenga la intención de obligar eventualmente al dueño del negocio<sup>97</sup>.

Así lo expresa el art. 2289 del Código Civil, que edicta: “*Para que haya gestión de negocios es necesario que el gerente se proponga hacer un negocio de otro, y obligarlo eventualmente. El error sobre la persona no desnaturaliza el acto; pero no habrá gestión de negocios, si creyendo el gestor hacer un negocio suyo, hiciese los negocios de otro, ni cuando en la gestión ha tenido sólo la intención de practicar un acto de liberalidad*”.

De dicha norma surge claro que la gestión de negocios requiere un componente volitivo que finca en la convicción de realizar un negocio de otro, obligando a éste; ello es así, al quedar de plano descartada la existencia de gestión, cuando quien pretende haberla realizado, ha creído encarar un negocio suyo y, luego por alguna circunstancia, en realidad gestionó negocios ajenos.

#### **f) Ausencia o impedimento del dueño (absentia domini).**

El requisito de la absentia domini no está contenido expresamente en nuestro Código civil, que no exige para que exista gestión más que su asunción voluntaria sin mandato del dominus negotii.

Pero “tradicionalmente se ha entendido que el objeto de la gestión de negocios debe hallarse abandonado, comprendiendo en este supuesto todos los casos en que el dominus esté imposibilitado, incluso temporalmente, para hacerse cargo de él y disponer lo pertinente, por sí o por mandatario. Nadie debe inmiscuirse en asuntos que su dueño está en disposición de gestionar”<sup>98</sup>.

Como dice MOSSET, “la ausencia o imposibilidad del administrado, que coloca sus negocios en estado de “abandono”, está insita en toda gestión y ofrece la más convincente justificación del instituto y de su utilidad individual y social”<sup>99</sup>.

O como dijo un autor francés, “la ausencia del dueño es el primer elemento de apreciación de la utilidad de la gestión”<sup>100</sup>.

Esta ausencia o imposibilidad del dueño del negocio, debe interpretarse en un sentido amplio<sup>101</sup>.

Por caso, la Audiencia Provincial de Valencia, consideró justificativo de una gestión de negocios “... en la situación de angustia, amargura y desconsuelo que provoca el fallecimiento de un cónyuge, que un tercero próximo a la familia

se encargue de gestionar los tramites precisos para el traslado y el sepelio del difunto”<sup>102</sup>.

Es claro en ese supuesto que la cónyuge no está ni ausente ni físicamente impedida, pero su estado de ánimo hace que válidamente pueda considerarse que un tercero cercano a la familia se ocupe de los asuntos urgentes, como si la cónyuge e hijos del difunto estuvieran impedidos.

Un supuesto similar contempla el art. 3357 C.C. que edicta: “Hasta pasados nueve días desde la muerte de aquél de cuya sucesión se trate, no puede intentarse acción alguna contra el heredero para que acepte o repudie la herencia...”.

Si durante esos nueve días de luto y llanto, sin oposición de la familia, algún allegado a ella gestionare asuntos urgentes del difunto, podría válidamente considerarse una gestión de negocios, lo que demuestra que es exacta la afirmación del maestro MOSSET ITURRASPE concerniente a la amplitud con que debe interpretarse la ausencia o imposibilidad del dueño del negocio.

#### **g) El ejercicio del negocio gestionado no debe ser intuitu personae.**

Además, el negocio o asunto gestionado no debe ser tal que la ley exiga que lo concluya un determinado sujeto. La gestión no puede versar sobre aquellos actos que el dominus deba ejercer personalmente por mandato legal<sup>103</sup>.

#### **h) Falta de oposición del dueño.**

El gestor debe obrar sin autorización expresa o tácita del dueño, pero a la vez sin contradicción del mismo<sup>104</sup>.

El art. 2303 C.C. estatuye que *“El que hace el negocio de una persona contra su expresa prohibición, no puede cobrarle lo que hubiere gastado, a no ser que tuviese un interés legítimo en hacerlo”*.

Interpretando esta norma ha dicho MOSSET que si se produjeran daños como consecuencia de esta intromisión prohibida, el gestor estaría obligado a resarcirlos, pero si resultara un provecho o utilidad al fin del negocio, el gestor tendría la acción de in rem verso –la situación es análoga a la del pago “contra la voluntad del deudor” (art. 729 del cód. civil)<sup>105</sup>.

Como dijera SIMONCELLI, “la materia de la gestión de negocios es de gran interés, porque trata de resolver hasta qué punto el individuo es libre, sin que nadie pueda entrometerse en su esfera patrimonial, y hasta qué punto esta intromisión es lícita por utilidad general. De una parte, hay que evitar las injerencias inoportunas y arbitrarias. De otra, hay que estimular las injerencias benéficas y provechosas para quien no puede atender a sus asuntos”<sup>106</sup>.

En ese delicado equilibrio entre la mezquindad y el altruismo, entre la injerencia indebida y la gestión solidaria se columpia este instituto.

Bien se ha dicho que “si media la prohibición del dueño podrá darse a favor del gestor la acción de in rem verso para obtener el reembolso de los gastos que hayan sido provechosos al dominus, pero no la verdadera acción de gestión de negocios”<sup>107</sup>.

Es dable aclarar que la oposición o voluntad expresa contraria del dueño del negocio debe ser inequívoca, no valiendo las presunciones, conforme ha juzgado la justicia española<sup>108</sup>, criterio que creemos se aplica también a nuestro país<sup>109</sup>.

#### **i) licitud del negocio gestionado.**

El asunto o negocio del que el gestor espontáneamente se ha ocupado debe ser lícito<sup>110</sup>.

Si bien el Código no lo dice expresamente en el capítulo específico que dedica a la gestión, la influencia obvia del art. 953 CC en toda materia, torna indudable la exigencia de licitud de la gestión.

Es así que la ilicitud del negocio gestionado provocará la falta de acción del dominus contra el gestor y viceversa, a mérito del principio de que nadie puede alegar su propia torpeza: *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*<sup>111</sup>.

Por otra parte, otra razón aconseja este criterio: la gestión de negocios es un cuasicontrato y, bien se ha dicho, los cuasicontratos “engloban aquellos supuestos de obligaciones voluntarias, lícitas no contractuales, que no se han insertado en otras instituciones o figuras afines...”<sup>112</sup>.

Sin licitud no sería un cuasicontrato, sino otra fuente obligacional, un delito o cuasidelito, lo que desdibujaría completamente el perfil jurídico de la gestión de negocios.

#### **j) Inexistencia de ánimo lucrativo o interés personal del gestor.**

El ánimo de lucro es incompatible con la esencia de la gestión; pero también lo es la intención altruista (cfr. art. 2289 in fine CC argentino).

En palabras precisas ha expuesto CASTÁN que si el gestor “...obrar por error o fuere guiado por espíritu de codicia o lucro (animo depraedandi) o con intención de ejercitar un acto de liberalidad (animo donandi), no se estaría en el caso del cuasi contrato de gestión de negocios y las consecuencias jurídicas del acto se regirían por principios diversos”<sup>113</sup>.

En un fallo nacional se dijo que si la gestión no tiene como fundamento una utilidad ni el evitar un daño, sino que la misma redunde en beneficio del que la

hizo o, al menos, común, teniendo en miras el propio interés, no corresponde su reconocimiento<sup>114</sup>.

Conforme establece el art. 2300 C.C. primera parte, "El dueño del negocio no está obligado a pagar retribución alguna por el servicio de la gestión...".

Esta norma se enmarca dentro del propósito legislativo de evitar la proliferación de gestiones oficiosas interesadas; el gestor, para ser considerado tal, debe obrar con total desinterés, no teniendo en vista la obtención de un beneficio propio. Por el contrario, lo que debe guiar su actuación son las razones de solidaridad, cooperación, humanidad y/o gratitud hacia el dueño del negocio<sup>115</sup>.

Ello no impide al gestor pretender el reintegro de gastos por él incurridos en la gestión, ya que sostener lo contrario implicaría reconocer al dueño un enriquecimiento indebido y al gestor un ánimo de liberalidad, extremos ambos ajenos a la esencia de la gestión de negocios.

Ahora bien ¿qué ocurre cuando el gestor gestiona un negocio con ánimo lucrativo? La respuesta es simple: si el gestor sabe que el negocio es ajeno, pero lo gestiona para sacar provecho de él, comete un acto ilícito, que le hará responsable de los daños causados al dominus<sup>116</sup>.

## **IX) Efectos de la gestión**

La gestión produce efectos en dos órdenes diferentes: en el orden interno, propaga sus efectos en las relaciones del gestor con el dueño del negocio; y, en el orden externo, produce consecuencias jurídicas entre el gestor y los terceros y entre el dueño y los terceros, emergiendo derechos y obligaciones, con las acciones que son consecuencia de dicho ejercicio<sup>117</sup>.

El art. 2288 C.C. (in fine) establece que el gestor "se somete a todas las obligaciones que la aceptación de un mandato impone al mandatario».

Si bien técnicamente dicha asimilación no sería correcta, al existir notorias diferencias entre una y otra figura, lo cierto es que el texto legal predomina por sobre la técnica y debe aplicarse.

### **IX. a) Obligaciones del gestor**

Bien se ha dicho que "la intervención espontánea en los asuntos ajenos supone, de una parte, una intromisión. Esto explica, en primer lugar, que el dominus negotii pueda exigir responsabilidades al gestor, y que a cargo de éste se impongan determinadas obligaciones"<sup>118</sup>.

Estas obligaciones son más intensas que las que tendría un mandatario, dado que el gestor no ha sido elegido y apoderado por el dominus, sino que se entrometido –no siempre por buenos motivos- en su esfera de negocios.

A partir de la asunción espontánea y unilateral de su representación, el gestor carga sobre sus espaldas con diversas obligaciones, entre las que se destacan las siguientes:

1) Actuar diligentemente en la gestión:

El gestor tiene la obligación de actuar como presumiblemente lo haría el interesado, cuya ausencia se ha propuesto espontáneamente suplir<sup>119</sup>. El primer deber del gestor es el de llevar a cabo su actuación de acuerdo con los criterios generales de la diligencia y los usos de los negocios<sup>120</sup>.

El art. 2291 C.C. dispone que *«El gestor de negocios responde de toda culpa en el ejercicio de la gestión, aunque aplicase su diligencia habitual. Pero sólo estará obligado a poner en la gestión del negocio el cuidado que en las cosas propias cuando se encargase del negocio en un caso urgente, o para librar al dueño de algún perjuicio si nadie se encargara de sus intereses, o cuando lo hiciera por amistad o afección a él»*.

Prestigiosa doctrina ha considerado que del artículo se pueden separar dos partes; en la primera, la expresión «responde de toda culpa» significa que la responsabilidad del deudor no queda excluida por pequeñas culpas o descuidos nimios, debiendo ser el criterio aplicable para una valoración de la conducta del gestor de corte objetivo y apreciado en «abstracto»<sup>121</sup>.

El segundo segmento del artículo, relativo a los casos de «urgencia», o a aquellos en que se procura «evitarle un perjuicio al dueño» porque nadie se ocupa, o bien cuando existen razones de «afecto o amistad», la ley permite una atención más contemplativa del obrar del sujeto y lo somete a la regla de cómo obrar en sus propios asuntos, una especie de apreciación «in concreto», como lo hacían los romanos en relación a la culpa leve<sup>122</sup>.

Echa de verse de la norma que el Codificador ha agravado la responsabilidad normalmente atribuible a todo sujeto. La razón de política legislativa de tal agravación no es otra que disuadir a eventuales interesados de entrometerse en asuntos ajenos, ante la contemplación de la grave responsabilidad en que incurren por la elevación del nivel de diligencia exigible a los sujetos corrientes. Y tanto se eleva la diligencia exigible al gestor que el art. 2294 indica que «el gestor responde aun del caso fortuito, si ha hecho operaciones arriesgadas, que el dueño del negocio no tenía costumbre de hacer, o si hubiese obrado más en interés propio que en interés del dueño del negocio; o si no tenía las aptitudes necesarias para el negocio; o si por su intervención privó que se encargara del negocio otra persona mas apta».

Esta norma se completa con el art. 2295 según el cual para que el gestor no responde del caso fortuito debe probar que el perjuicio habría igualmente

tenido lugar, aunque no hubiese tomado el negocio a su cargo, o cuando el dueño del negocio se aprovechase de su gestión”.

La agravación del nivel de diligencia exigible al gestor, a la luz de los textos, es innegable. Según las mandas legales referidas, el gestor oficioso responde de culpas por las que no respondería otro sujeto cualquiera, dado que él responde “de toda culpa”, no liberándose de responsabilidad al aplicar su diligencia habitual.

También responde el gestor de las culpas o actos negligentes de sus sustitutos. El art. 2292 C.C. establece que “si el gestor hubiese puesto en la gestión otra persona, responderá por las faltas del sustituto, aunque hubiese escogido persona de su confianza”.

La expresión “faltas” usada en la norma no implica más que “culpas”; si bien el art. 2292 no tiene nota, es innegable que su filiación es francesa, de donde la expresión faltas debiera haber sido sustituida por “culpas”, dado que ha sido tomada del derecho francés, donde “faute” en su acepción técnico-jurídica significa “culpa”.

2) continuar la gestión hasta que el dueño pueda gestionar por sí o sus herederos.

Una obligación esencial e inexcusable del gestor es “concluir el negocio emprendido”<sup>123</sup>.

Es ésta la primera asimilación al régimen del mandato: tanto la gestión como el mandato no pueden ser abandonados intempestivamente, siendo normas correlativas los arts. 2290 y 1969, ya que ambas establecen la obligación a quien gestiona intereses ajenos de no abandonar los intereses gestionados hasta que el dueño de ellos pueda gestionar por sí<sup>124</sup>.

Puntualmente, en el caso que nos ocupa, respecto del gestor, el art. 2290 C.C. establece que “*Comenzada la gestión, es obligación del gerente continuarla y acabar el negocio, y sus dependencias, hasta que el dueño o el interesado se hallen en estado de proveer por sí, o bien hasta que puedan proveer sus herederos, si muriese durante la agencia*”.

Jurisprudencialmente se ha decidido que iniciada la gestión el gestor está obligado a conducirla hasta su fin, a menos que el dueño o sus herederos se encuentren en condiciones de atenderla por sí mismo y esta obligación se extiende no sólo al negocio principal sino también a las consecuencias necesarias o naturales del negocio emprendido<sup>125</sup>.

El gestor que ha tomado en sus manos la gestión de los asuntos de otros, sin que se le pidiera, no puede luego desentenderse intempestivamente de ella, hasta dejar la gestión de los negocios en manos del dueño o de un

representante suyo. "Para el que actúa surge la obligación de continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o de requerir al interesado para que lo se sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo por sí"<sup>126</sup>.

La gestión tiene tres etapas: iniciación, continuación y conclusión, siendo la primera producto del obrar espontáneo, mientras que en las dos siguientes la ley le ha impuesto al gestor el deber jurídico de no abandonar los intereses hasta que el dueño o sus herederos puedan gestionarlos<sup>127</sup>.

El art. 2290 brinda dos pautas respecto del momento en que el gestor queda desobligado:

- 1) la gestión termina en el momento en que el dueño se halla en condiciones de gestionar por sí sus intereses, retomando su actividad; o
- 2) cuando muere el dueño o gestionado, el gestor se libera, cuando los herederos pueden proveer por sí y gestionar los intereses del causante<sup>128</sup>.

MARCADÉ afirma que el gestor se somete a todas las obligaciones que resultarían de un mandato expreso que hubiera otorgado el dueño<sup>129</sup>; ello es cierto, pero la obligación del gestor es bastante más intensa que la del mandatario.

Acertadamente han puntualizado TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, que las obligaciones del gestor son parecidas pero no iguales a las del mandatario, pues la ley es más exigente con el gestor, lo que se plasma en dos importantes diferencias: 1) el mandatario puede renunciar a su mandato, cosa que el gestor no puede hacer, porque el legislador no ve con buenos ojos que quien espontáneamente comienza a ocuparse de los negocios de otro, los abandone luego; y 2) el art. 1372 del Código francés -y el art. 2290 de nuestro Código- establecen que comenzada la gestión, es obligación del gerente continuarla y acabar el negocio "y sus dependencias", es decir que el gestor no puede limitar su gestión, sino que debe ocuparse del negocio gestionado y de los que dependan de él, a diferencia del mandatario, que tiene un campo acotado de actuación, conforme los términos del negocio de apoderamiento y puede limitarse estrictamente a él<sup>130</sup>.

- 3) Observar el deber de fidelidad hacia el dueño del negocio:

En el derecho argentino ningún autor ha puesto de resalto que en la gestión, el gestor de negocios también debe observar el deber de fidelidad hacia el dominus.

Si bien nuestro Código, al igual que el español, el chileno y la mayoría de las legislaciones que receptan la negotiorum gestio, no consagra expresamente este deber, él surge sin esfuerzo de una interpretación atenta de las normas

generales en materia de contratos, figura más próxima a la que analizamos y del principio general de la buena fe, consagrado en el art. 1198 C.C.

A nuestro juicio, el deber de fidelidad es un deber básico del gestor de negocios ajenos.

Como bien ha expresado DÍEZ-PICAZO, "que existe un deber de fidelidad del representante en el cumplimiento de su actuación representativa es algo que no puede siquiera ser puesto en duda. Aunque falte en nuestro Código Civil un precepto que haga expresa referencia a dicho deber, no cabe duda de que se trata en todo caso de algo que viene impuesto por el juego del principio general de buena fe... La idea de «fidelidad», entendida en su doble aspecto de observancia de la fides o comportamiento que razonable y honestamente cabe esperar y de subordinación del interés personal del gestor al interés del dominus, permite reconstruir el esquema de los deberes básicos que pesan sobre el representante en el marco de la relación que le liga con el principal"<sup>131</sup>.

#### 4) Rendir cuentas de lo actuado:

El gestor, al igual que el mandatario, está obligado a rendir cuentas de su gestión. Desde antiguo se entiende que es esta una de las obligaciones principales del gestor. Y POTHIER decía que "La gestión que un tal hace de los negocios de un ausente que no se los ha encargado, es un cuasi-contrato que le obliga a dar cuentas..."<sup>132</sup>.

El art. 2296 C.C. edicta que: "*La gestión no concluye hasta que el gerente haya dado cuenta de su administración al dueño del negocio o a quien lo represente. Toda clase de prueba será admitida respecto a la gestión, y a los gastos causados en ella*".

Nuestra jurisprudencia ha dicho que la obligación de rendir cuentas es inherente a toda gestión de negocios ajenos<sup>133</sup>. Concluido el acto o la serie de actos jurídicos realizados en interés de su titular, tanto el gestor como el mandatario tienen la obligación de rendir cuentas de lo realizado, y a partir de esa rendición de cuentas surge la correlativa obligación del dueño del negocio o del mandante, en su caso, de pagar los gastos que la actividad hubiese ocasionado (arts. 2298, 1949, Cód. Civil)<sup>134</sup>.

La jurisprudencia española ha expresado que "Sobre la obligatoriedad de esta rendición de cuentas que no se establece de un modo expreso en la ley, la jurisprudencia ha sido clara al determinar que se deduce de la propia naturaleza de la gestión de negocios ajenos, como medio indispensable para saber si ha cumplido el gestor con los deberes que la gestión lleva consigo y se pueda en tal caso juzgar si aquél ha actuado con toda la diligencia de un buen padre de familia, como establece el art. 1889 CC"<sup>135</sup>.

La rendición de cuentas consiste en la acción y efecto de presentar al conocimiento de quien corresponda, para su examen y verificación, los saldos y operaciones provenientes de un encargo de administración o gobierno<sup>136</sup>.

Se agregó en ese caso que la rendición de cuentas constituye el objeto de una obligación de hacer que, para hacerla efectiva, cuando tal obligación se alega impuesta en virtud de la gestión de negocios ajenos, primero habrá que determinar si realmente existe y en caso afirmativo, con la consiguiente condena a rendir las cuentas, se ingresa al segundo estadio, en el que se procede a rendirlas y, en su caso, a ejecutar el saldo<sup>137</sup>.

La doctrina coincide en que tal rendición no se cumple con el simple hecho de mostrar las cuentas, siendo necesario acompañar las mismas con la documentación respaldatoria y requiriéndose también su aprobación por el dueño<sup>138</sup>.

En un interesante trabajo reciente se indicó con agudeza que “la rendición de cuentas debe ser instruida y documentada y presentar una ordenada forma descriptiva de todos y cada uno de los negocios realizados, mediante una exposición clara de cada operación, las razones de las inversiones y los resultados. Estas pautas no se satisfacen con el envío de un resumen, o la puesta a disposición de los libros del comerciante, o la exposición sinóptica, limitada a operaciones aritméticas o de contabilidad. En otras palabras, la rendición de cuentas impone al obligado no sólo aportar la documentación que sustenta cada partida, sino también explicar en forma clara, detallada y precisa la descripción gráfica de los diversos hechos y establecer el resultado final vinculado a esa gestión”<sup>139</sup>.

Es más, en un caso se decidió que toda rendición de cuentas, para ser válida, debe encontrarse acompañada de los correspondientes elementos acreditantes de cada ingreso o egreso<sup>140</sup>.

También se ha juzgado que de la rendición de cuentas debe surgir en forma clara cada negocio, es decir la razón de las inversiones y los resultados, agregándose la documentación y la entrega de los saldos si los hubiera<sup>141</sup>. Y en otro precedente se ha ido más lejos, resolviéndose que la rendición de cuentas no sólo debe ser documentada, sino también clara y detalladamente explicativa; ha de describir la actuación cumplida. No es suficiente poner a disposición del requirente los datos pertinentes para que él los interprete; es indispensable detallar todas las circunstancias de la gestión y explicar el contenido de las partidas que integran la liquidación. El cuentadante debe acompañar los comprobantes originales y copia o mención precisa de la parte pertinente de sus libros, pues no es suficiente la manifestación de que tales antecedentes quedan en su poder<sup>142</sup>.

Resulta obvio, por lo demás que la prueba de que las cuentas se han rendido en forma documentada y explicativa de la gestión realizada, incumbe a quien la ha realizado<sup>143</sup>.

### **IX.b) Obligaciones del dueño**

Pero ¿cuáles son las obligaciones del dueño cuyos intereses gestiona el gestor?

La primera de ellas es reembolsar al gestor los gastos que hubiera hecho en la gestión, si ella hubiera redundado en utilidad del dueño del negocio<sup>144</sup>.

La respuesta la brinda el art. 2297 C.C., al edictar que *“Toda persona, aunque sea incapaz de contratar, cuyos negocios hayan sido atendidos, o administrados por un tercero a quien ella no hubiese dado mandato al efecto, queda sometida a las obligaciones que la ejecución del mandato impone al mandante, con tal que el negocio haya sido útilmente conducido, aunque por circunstancias imprevistas no se haya realizado la ventaja que debía resultar, o que ella hubiese cesado”*.

En virtud de la ratificación, el dueño del negocio queda equiparado al mandante, en lo relativo a las obligaciones a su cargo, respecto del representante; pero el art. 2298 C.C. avanza todavía más al consignar que *“El gestor puede repetir del dueño del negocio todos los gastos que la gestión le hubiese ocasionado, con los intereses desde el día que los hizo; y el dueño del negocio está obligado además a librarle o indemnizarle de las obligaciones personales que hubiese contraído”*.

Expone MOSSET ITURRASPE que *“respecto de las obligaciones del dueño del negocio, son las mismas “que la ejecución del mandato impone al mandante, con tal que el negocio haya sido útilmente conducido” (art. 2297-se concretan en el pago de los gastos ocasionados y la liberación de las obligaciones contraídas frente a terceros, dos obligaciones de resultado”*<sup>145</sup>.

En palabras de PARRA LUCÁN, *“en determinadas circunstancias, valorando la utilidad de la actuación del gestor, o la voluntad del dueño favorable a la gestión manifestada a través de la ratificación, resulta razonable imputar al dominus negotii las consecuencias de la gestión e, incluso, reconocer al gestor el derecho a ser compensado por las posibles consecuencias perjudiciales que pudieran derivarse de su actuación”*<sup>146</sup>.

Pero el derecho del gestor llega hasta el reembolso de gastos e intereses<sup>147</sup> y perjuicios, no pudiendo reclamar estipendio o emolumento de ninguna, como contrapartida de su gestión, puesto que el art. 2309 le niega cualquier tipo de retribución, o reparación de daños, que le pudiese corresponder<sup>148</sup>.

En situaciones en que el tercero, interesado o no, paga ignorándolo el deudor, tiene la acción «gestorium negotium» pudiendo reclamar y repetir del dueño del negocio, el deudor en este caso, todos los gastos que la gestión hubiere ocasionado con los intereses desde el día en que el pago se hizo (art. 2288,

Cód. Civil). El deudor deberá demostrar en este caso que el negocio no ha sido emprendido útilmente y sólo responderá por los gastos y deudas desde la concurrencia de la ventaja que obtuvo al fin del negocio (art. 2301 del mismo cuerpo legal). Adquiere relevancia así, la validez y eficacia de la obligación solventada que subordina y de la cual dependen la validez y eficacia del pago. Pero esta falta de utilidad del pago para el deudor, que provocaría la pérdida de la acción tendiente al reembolso de lo pagado, está subordinada a que el deudor probase que al tiempo del pago tenía excepciones que extinguían la deuda<sup>149</sup>.

Es más, se ha expuesto que aunque se tratara de trabajos que hacen al «modus vivendi» del gestor tampoco corresponde el pago de haberes o cualesquiera otra remuneración, y sólo aquello en la medida que incidiere en utilidad para el gestionado<sup>150</sup>.

Tampoco tiene el gestor derecho a reclamar los gastos en que hubiera incurrido, si la gestión no fue emprendida útilmente (arts. 2297 y 2301 C.C.); o si el dueño se opuso a ella (art. 2303 C.C.); o actuó en su propio interés o creyendo hacer un negocio propio (art. 2302 C.C.) o, finalmente, si sólo se trató de un acto de liberalidad (art. 2302 C.C.). En todos estos casos el gestor no tiene derecho ni siquiera a reclamar los gastos que hubiera debido realizar durante su gestión.

Cabe consignar que en el supuesto en que los dueños del negocio sean dos o más, el art. 2299 C.C. establece que la responsabilidad no es solidaria. Es ésta una de las principales diferencias de trato legal entre el mandato y la gestión de negocios, ya que la solución adoptada por el legislador en el caso de un mandato conferido por mandantes múltiples, es la solidaridad de ellos<sup>151</sup>.

En cuanto a los intereses, toda vez que el gestor tiene derecho a exigir del dueño el reintegro de los gastos ocasionados por la gestión de negocios, con intereses desde el día en que los hizo (art. 2298, Cód. Civil), se da un supuesto de mora legal que hace innecesario todo requerimiento<sup>152</sup>.

El reembolso de los gastos afrontados por el gestor de negocios debe hacerse con intereses «desde el día en que se los hizo» (art. 2298, Cód. Civil). Es decir que no se requiere interpelación ya que el curso de los intereses empieza a correr de pleno derecho por tratarse de un supuesto de mora legal<sup>153</sup>.

### **X) Ratificación de la gestión.**

La ratificación convierte a un negocio celebrado sin mandato o con mandato insuficiente en un negocio plenamente válido y eficaz para el dueño del interés gestionado<sup>154</sup>.

En el tema que analizamos, la ratificación muta la esencia de la representación realizada por el gestor, pasando ésta de ser una gestión oficiosa a convertirse en un mandato liso y llano.

La ratificación convierte a la gestión en un negocio representativo. En palabras de agudos civilistas españoles, “el cuasi contrato de gestión de negocios ajenos se transforma, y produce los efectos de un contrato de mandato, si el dueño del negocio gestionado ratifica la gestión”<sup>155</sup>.

Existe ratificación cuando alguien, sin tener poderes o ante la insuficiencia del facultamiento con que cuenta, realiza un acto en nombre de otro, quien ulteriormente hace suyos los efectos del acto celebrado; por dicho acto todas las derivaciones de la gestión realizada son asumidas por quien ratifica la gestión ajena cumplida en su beneficio, lo cual acarrea como efecto colateral la desvinculación del agente gestor por dichas consecuencias<sup>156</sup>.

Recuerda COMPAGNUCCI DE CASO que los romanos tenían como principio que “ratihabito mandato equiparatur”, en virtud del cual quien obraba a nombre de otro sin poder de representación o se excedía en el ejercicio del mandato, podía mediante el acto posterior de aprobación del representado, modificar su situación, quedando equiparado a un mandatario que obró dentro de los límites del poder<sup>157</sup>.

Respecto de los efectos de la ratificación, ellos se encuentran expresamente previstos por el art. 2304 C.C., el que establece: “*Cualesquiera que sean las circunstancias en las cuales una persona hubiere emprendido los negocios de otra, la ratificación del dueño del negocio equivale a un mandato, y le somete para con el gestor a todas las obligaciones del mandante.*”

La ratificación tiene efecto retroactivo al día en que la gestión principió”. Echa de verse así que en el caso de la gestión de negocios la ratificación de la gestión proyecta y emplaza la actuación del gestor dentro de las reglas del mandato<sup>158</sup>; y que una vez realizada la ratificación de la gestión de negocios, ésta equivale al mandato y sus efectos se retrotraen al día del acto (art. 1936, primera parte, Cód. Civil)<sup>159</sup>.

La ratificación tiene efecto retroactivo al día en que la gestión se cumplió (art. 2304, Cód. Civil), no siendo procedente efectuar distinción alguna entre los efectos anteriores y posteriores a dicho acto<sup>160</sup>.

La ratificación posee la virtualidad de cubrir toda insuficiencia del apoderamiento, así como también su ausencia; de ahí que, como se dijo, todas las derivaciones del acto realizado son asumidas por la parte que ratifica la gestión ajena cumplida en su beneficio, lo cual acarrea como efecto colateral la desvinculación del agente gestor por dichas consecuencias<sup>161</sup>.

#### **X.a) Ratificación: forma:**

La ratificación del mandato o de la gestión de negocios puede ser expresa o tácita, según lo autorizan los arts. 1935 y 2304<sup>162</sup>.

Además, la ratificación de la gestión de negocio ajeno, expresa o tácita, no está sujeta a un determinado medio de prueba y, por ende, puede ser acreditada por presunciones, desde que la ley no les prohíbe para el caso<sup>163</sup>.

### **X.b) Ausencia de ratificación: efectos de la gestión.**

La ausencia de ratificación de la gestión y los efectos que produce, se encuentra contemplada en el art. 2305 C.C., que determina que *“El gestor de negocios ajenos queda personalmente obligado por los contratos que con motivo de la gestión, hizo con terceros, aunque los hiciese a nombre del dueño del negocio, si éste no hubiese ratificado la gestión. Los terceros, mientras el dueño del negocio no ratifica la gestión sólo tendrán derecho contra el gestor, y sólo podrán demandar al dueño del negocio por las acciones que contra éste correspondían al gestor”*.

Interpretándolo, la jurisprudencia ha entendido que en el caso de una gestión de negocios, si el gestor no ha sido ratificado no puede accionar judicialmente en nombre de los dueños del negocio, sino que debe hacerlo en el suyo propio pues, en tal situación, queda personalmente obligado con los terceros con quienes contrató<sup>164</sup>.

La inexistencia de la ratificación prevista en los arts. 1161, 1162, 1936, 2304 y concs. del Cód. Civil determina la admisibilidad formal de la demanda sustentada por sí por el gestor, pues éste quedó personalmente obligado con la demandada, quien, mientras el dueño del negocio no ratifique la gestión, tiene derechos contra el gestor —art. 2305, Cód. Civil-<sup>165</sup>.

## **XI) Responsabilidad en la gestión de negocios ajenos.**

El tema de la responsabilidad derivada de la gestión de negocios debe ser dividido en dos partes para su mejor abordaje:

### **a) responsabilidad para con el dueño.**

Es este un deber esencial del dominus. Señala MOSSET ITURRASPE que “el incumplimiento de las obligaciones nacidas de la gestión de negocios ajenos, tanto para el gestor —arts. 2290 y ss- como para el dueño del negocio —art. 2297- origina una acción resarcitoria, la *actio negotiorum gestorum*, directa e indirecta”<sup>166</sup>.

Agregando luego el profesor santafesino que “en cuanto a la obligación del gerente, de continuar y acabar el negocio, ella constituye una típica obligación de medios. Es el dueño quien deberá demostrar el incumplimiento dañoso y la culpabilidad del gestor; en supuestos excepcionales es suficiente la imputabilidad a título de riesgo creado: operaciones arriesgadas o desacostumbradas, gestión en interés propio, falta de aptitudes “o si por su

intervención privó que se encargara del negocio otra persona más apta”, art. 2294<sup>167</sup>.

Se aplican al gestor las reglas generales del Código Civil en materia de caso fortuito, quedando éste exonerado de todo tipo de responsabilidad ante los daños ocurridos en la actividad del gestor de negocios (art. 513); pese a ello, el art. 2294 C.C. imputa al gestor los hechos azarosos, en ciertos supuestos:

- a) Si realiza operaciones arriesgadas que el dueño no tenía costumbre de realizar; es decir, que deben reunirse los dos presupuestos (realización de actos especialmente aleatorios y riesgosos y que dichos actos no hayan sido costumbre del dueño hacer);
- b) si el gestor actúa buscando su propio interés y no el del dueño<sup>168</sup>;
- c) o cuando carece de las aptitudes necesarias, es decir la ausencia de idoneidad para la función<sup>169</sup>; y
- d) o impidió que otra persona más apta realice el negocio<sup>170</sup>.

El duro régimen legal de responsabilidad del gestor, que responde en varios supuestos hasta del caso fortuito reconoce, no obstante, limitaciones legales; ellas son:

a) el art. 2295 C.C. primera parte establece una excepción a este principio, determinando que “El gestor no responde del caso fortuito, si probase que el perjuicio habría igualmente tenido lugar, aunque no hubiese tomado el negocio a su cargo...”; la disposición se explica fácilmente: si el gestor puede acreditar que el perjuicio igualmente se hubiera producido aunque él no hubiese intervenido, queda roto el nexo adecuado de causalidad, no obedeciendo el daño a la actuación del gestor, con lo que no existe daño resarcible;

b) El art. 2295 C.C. in fine consagra la segunda excepción: el gestor no responde del caso fortuito, si el dueño del negocio aprovechó de su gestión.

Además de estos supuestos, cuando los jueces aprecien que el comportamiento del gestor no ha sido totalmente adecuado para producir el resultado dañoso, podrán mitigar la responsabilidad del mismo<sup>171</sup>.

### **b) Responsabilidad para con los terceros**

El Código Civil argentino ha sido muy claro y lineal en las obligaciones que contrae el gestor con los terceros, y dispone que sólo enlazan obligatoriamente a los sujetos de la relación, desinteresándose de la forma en que haya obrado el agente. Poco importa si actuó «nomine propio» o «nomine alieno», ya que el art. 2305 dispone que el gestor queda «personalmente obligado» en los contratos realizados con terceros, salvo el supuesto de excepción que nace de la ratificación del dueño.

Mientras no exista ratificación<sup>172</sup>, los terceros tienen sólo acción contra el gestor<sup>173</sup>, aunque la ley aclara la posibilidad de promover la subrogatoria contra

el dueño, pretensión que prevé el art. 1196 del Cód. Civil<sup>174</sup>.

Tanto en el derecho francés como en el italiano (art. 2301 del «codice»), se efectúa un distingo: si el gestor actúa en nombre propio asume personalmente las obligaciones con los terceros, aun cuando éstos conozcan de la gestión; en cambio si obra en nombre del gestionado dueño, las obligaciones recaen sobre este último<sup>175</sup>.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1 El Dr. López Mesa es Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires - Es catedrático de Derecho Civil (Universidad de Palermo - Universidad Argentina de la Empresa (UADE) y profesor visitante de prestigiosas universidades latinoamericanas y europeas. Ha realizado estudios de postgrado en derecho civil en la Universidad de Salamanca y tiene al presente once libros publicados sobre diversas temáticas de derecho privado. Ha traducido al español dos obras del maestro Philippe le Tourneau.

2 Cfr. arts. 2304 y ss del Código Civil colombiano.

3 PARRA LUCÁN, María Ángeles, Los cuasicontratos, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos - DE PABLO CONTRERAS, Pedro - PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Angel - PARRA LUCÁN, María Ángeles, Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Edit. Colex, Madrid, 2000, p. 764.

4 TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, Edit. La Ley, Bs. As., 2004, T. I, p. 229.

5 RODRIGUES, Silvio, Direito Civil. Parte geral das obrigações, Editora Saraiva, Sao Paulo, 2002, vol. II, p. 9.

6 SALVAT- ACUÑA ANZORENA, Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones, Ed. Tea, 2ª ed., Buenos Aires, 1957, t. III, p. 591, N° 2577.

7 CASTÁN TOBEÑAS, José, Derecho Civil español, común y foral, Edit. Reus, Madrid, 1985, T. 4, p. 920.

8 El Código Civil de Chile en su art. 2296, al igual que el Código español en el art. 1888 y el C.C. argentino en su art. 2290, llaman "agencia" a la gestión; cabe aclarar que se trata de una denominación en boga en el siglo XIX, siglo de sanción de ambos ordenamientos, que luego perdió significado.

9 Cám. CC San Isidro, Sala I, 18/3/88, "Traverso, Flamilo c/ Pichel Carlos H. A., y otros", DJ 988-1-121.

10 Audiencia Provincial de Huelva, sec. 2ª, 13/3/02, sent. N° 133/2002, ponente: Sr. Bodega de Val, en El Derecho (Esp.), caso 2002/17149. Y en otro fallo ibérico se dijo que existe gestión de negocios cuando se produce una injerencia en negocio de pertenencia ajena con actos que son necesarios y útiles, con ánimo de vincular al dueño, pero sin origen contractual (Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 5ª, 3/2/99, sent. N° 81/1999, ponente: Sr. Pérez García, en El Derecho (Esp.), caso 1999/5670).

11 BORDA, Alejandro, Los efectos relativos del acto jurídico respecto de terceros, JA 2004-IV-1153.

12 STOLZE GAGLIANO, Pablo - PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil. Obrigações, Editora Saraiva, São Paulo, 2004, vol. II, p. 362.

13 LORENZETTI, Ricardo, La eficacia directa como elemento esencial de la representación, Ponencia presentada en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, publicada junto con las demás ponencias, en JA 1995-IV-742 y ss.

14 RODRIGUES, Silvio, Direito Civil. Parte geral das obrigações, cit, vol. II, p. 9.

15 STOLZE GAGLIANO, Pablo - PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil. Obrigações, cit, vol. II, p. 362.

16 CASTÁN TOBEÑAS, José, Derecho Civil español, común y foral, cit, T. 4, p. 920.

17 SPOTA, Alberto Gaspar, Instituciones de Derecho Civil. Contratos, Depalma, Bs. As., 1975, vol. I, p. 47.

- 18 LE TOURNEAU, Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, Paris, 2004, p. 750, N° 3989.
- 19 TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE, op cit, p. 776, N° 955; TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 235.
- 20 TERRÉ, François – SIMLER, Philippe – LEQUETTE, Yves, Droit civil. Les obligations, Dalloz, Paris, 1996, p. 776, N° 955; TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 235.
- 21 CNCiv., Sala C, 7/7/81, "Hüfferle, Adolfo c. Erhart, Ana A.", JA 982-II-265 y ED 95-258.
- 22 TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE, Droit civil. Les obligations, cit, p. 779, N° 957.
- 23 RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Luis, Legitimación contractual, JA 2000-III-1277
- 24 CASTÁN TOBEÑAS, José, Derecho Civil español, común y foral, cit, T. 4, p. 926.
- 25 CNCiv., Sala F, 7/7/97, "Hara, Natalio c/ Larraura Sánchez, Aída T.", LL 1998-B-696 y DJ 1998-2-553; en similar sentido, Cám. 1ª CC Mar del Plata, Sala II, 10/7/98, "Pinilla Ruiz, Conrado c/ Añaños, Carlos F. y otra", LLBA 1999-348.
- 26 CNCiv., Sala C, 29/7/80, "Ragghiante, Víctor J. B. c. Rodríguez, Armando V. M., suc.", JA 981-II-575.
- 27 HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, Los actos del mandatario ejecutados después de extinguido el mandato, en "Estudios de Derecho Romano en honor de Álvaro D'Ors", Ediciones Univ. de Navarra, Pamplona, 1987, T. II, p. 637.
- 28 DíEZ-PICAZO, Luis – GULLÓN, Antonio, Sistema de derecho civil, cit, p. 518.
- 29 TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, Edit. La Ley, Bs. As., 2004, T. I, p. 231; SÁNCHEZ KALBERMATTEN, Alejandro, La gestión de negocios, LL 1992-D-449.
- 30 COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., La gestión de negocios y el principio de «no injerencia», LL 1998-E-870.
- 31 Cfr. Título 18 ("De la gestión de negocios ajenos"), Sección Tercera ("De las obligaciones que nacen de los contratos", del Libro Segundo ("De los derechos personales en las relaciones civiles", del Código Civil.
- 32 SPOTA, Alberto G., Instituciones de Derecho Civil. Contratos, cit, vol. I, p. 47.
- 33 SPOTA, Alberto G., Instituciones de Derecho Civil. Contratos, cit, vol. I, p. 48.
- 34 CASTÁN TOBEÑAS, José, Derecho Civil español, común y foral, 12ª edic., Reus, Madrid, 1985, T. 4, p. 920.
- 35 Digesto, libro XLIV, título VII, fragmento 5,0, proemio; Instituciones, Libro III, título XXVII, párrafo primero.
- 36 TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 232; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., La gestión de negocios y el principio de «no injerencia», LL 1998-E-872.
- 37 TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE, Droit civil. Les obligations, cit, p. 776, N° 955.
- 38 PARRA LUCÁN, María Ángeles, Los cuasicontratos, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos – DE PABLO CONTRERAS, Pedro – PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Angel – PARRA LUCÁN, María Ángeles, Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, cit, p. 764.
- 39 LE TOURNEAU, Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, Paris, 2004, p. 708, N° 3653.
- 40 LE TOURNEAU, Ph., Droit de la responsabilité et des contrats, p. 708, N° 3653.
- 41 CNFed. CC, Sala II, 2/10/92, "Balian, Eduardo N. c. Talabella y Cía. S. A.", LL 1993-A, 130.
- 42 CNCiv., Sala A, 26/6/90, "Bandín, Jorge M. c. Román Ingeniería", LL 1991-A, 189.
- 43 CNFed. CC, Sala III, 10/5/91, "El Cabildo Cía. de seguros c. Aerolíneas Argentinas y otra", LL 1991-E, 249 y DJ 1992-1-6.
- 44 Sobre los aspectos societarios del tema, vid. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., Responsabilidad de los

- directores en la sociedad anónima: supuestos y excepciones, JA 2004-III-1058.
- 45 Cám. CC San Isidro, Sala I, 6/3/97, "Vega, Flavia y otros c. Attadia, Cándido J.", LLBA 1997-1186.
- 46 Cám. CC Bell Ville, 3/9/91, "Fornasero de Gallo, Lucía", LLC 1992-1110.
- 47 RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil. Parte geral das obrigações*, Editora Saraiva, Sao Paulo, 2002, vol. II, p. 9.
- 48 CNCCom., Sala C, 12/5/80, "Lanusse, S. A. c. Berelejis, Leonardo M.", ED 88-448.
- 49 CNCiv., Sala J, 4/5/04, "Marusta S.R.L. c. Herrendorf, Daniel", LL rev. 3/9/04, p. 6.
- 50 CNCiv., Sala K, 2/5/03, "Asociación Mutualista de Empleados del Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Galván, Norma B. y otros", LL 2003-C, 846.
- 51 Cám. 2ª CC La Plata, Sala III, 1/11/79, "Cambio 50, S. A.", DJBA 118-252.
- 52 BOUT, R., *La convention dite d'assistance*, en "Mélanges offertes a P. Kayser", PUAM, París, 1979, T. I, p. 157.
- 53 Corte de Casación, 1ª Sala Civil, 16/11/55, *Juris-Classeur Périod.*, t. 1956, Nº 9087, con nota de Paul ESMEIN; ídem, 22/12/81, en *Bulletin civ.*, I, Nº 395; ídem, 26/1/88, en *Bulletin civ.*, I, Nº 25.
- 54 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos – DE PABLO CONTRERAS, Pedro – PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Angel – PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Edit. Colex, Madrid, 2000, p. 765.
- 55 TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, *Tratado*, cit, T. I, p. 233.
- 56 Vid LE TOURNEAU, Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit, p. 466, Nº 1960.
- 57 Vid LE TOURNEAU, Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit, p. 466, Nº 1960.
- 58 TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, cit, T. I, p. 233.
- 59 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos – DE PABLO CONTRERAS, Pedro – PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Angel – PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, cit, p. 765.
- Con pie en esta obvia conclusión se decidió en un caso nacional que correspondía denegar la pretensión del ex cónyuge por honorarios o compensación de su labor como administrador de la finca ganancial que ocupa, pues toda vez que la administración de la cosa común, emprendida y llevada a cabo por uno de los condóminos durante un largo tiempo, sin acuerdo formal ni oposición del restante comunero configura una gestión de negocios, conforme lo establece el art. 2300 del Cód. Civil según el cual el dueño del negocio no está obligado a pagar retribución alguna por dicho servicio de gestión (CNCiv., Sala A, 5/6/00, "S., J. C.c. B. de S., M. R.", LL 2000-F, 37 y DJ 2000-3-744).
- 60 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos – DE PABLO CONTRERAS, Pedro – PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Angel – PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, cit, p. 766.
- 61 SÁNCHEZ KALBERMATTEN, *La gestión de negocios*, LL 1992-D-450.
- 62 Por caso, no puede dudarse que constituye una gestión de negocios que, ante la ausencia del hijo, un amigo de éste realice las gestiones y pagos necesarios para que la Municipalidad no arroje los restos del padre del primero a un osario o fosa común, por falta de pago; ello constituye un interés moral atendible a los efectos de configurar una gestión. Pero los intereses morales a atender deben ser de entidad similar y no menor urgencia.
- 63 Cám. Laboral y Paz de Corrientes, 16/9/98, "D. de Tolcachier, Elba B. y otro c. Sarmiento de Godoy, Gladys G.(1).", LL 1999-D, 783 (41.760-S) y LL Litoral, 1998-2, 853.
- 64 CNCiv. Sala G, 4/7/84, "Municipalidad de la Capital c/ Chemea Inmobiliaria", LL 1985-D-558 (36.945-S) y JA 985-I-566.
- 65 DíEZ-PICAZO, Luis – GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 9ª edic., Tecnos, Madrid, 2002, p. 517.
- 66 CNCCom. Sala C, 5/3/93, "Gotelli, Ricardo s/ quiebra", IMP 1994-B, 2928.
- 67 Audiencia Provincial de Granada, sec. 3ª, 8/10/01, sent. Nº 691/2001, ponente: Sr. Jiménez Burkhardt.

en El Derecho (Esp.), caso 2001/75826.

68 No parece haber sido ese el criterio romano, puesto que en Roma para configurar una negotiorum gestio la actividad desarrollada por el gesto no debía tener el menor interés patrimonial para éste; enseñan ARIAS RAMOS y ARIAS BONET que "no hay por tanto negotiorum gestio cuando un socio o coheredero realiza actos a favor de los demás, pero que suponen también para él una ventaja, o cuando un acreedor en posesión de bienes del deudor hace gastos en ellos, porque sum negotium gerit" (ARIAS RAMOS, J – ARIAS BONET, J.A., Derecho romano, 17ª edic., cit, T. II, p. 636).

69 Cám. CC Santa Fe, (Sala I, 11/8/80, "Arri, J. C/ c/ Martorell, G. J.", Zeus 980-21-297; en igual sentido, TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 234.

70 Dice Vélez allí que "Es preciso que el negocio preexista a la gestión. Si yo hago trabajos en una cosa ajena que necesita reparaciones, hay gestión de negocios; pero si construyo una casa en terreno de otro, hay creación, pero no gestión de negocios. Esta creación no da por sí nacimiento al cuasi-contrato de que tratamos".

71 MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, Ed. Ediar, Bs. As., 1978, p. 433.

72 TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 235.

73 Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, 14/3/02, ponente: Sra. Jiménez de Cisneros y Cid, en El Derecho (Esp.), caso 2002/13271.

74 DÍEZ-PICAZO, Luis – GULLÓN, Antonio, Sistema de derecho civil, cit, p. 519.

75 PARRA LUCÁN, María Ángeles, Los cuasicontratos, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos – DE PABLO CONTRERAS, Pedro – PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Angel – PARRA LUCÁN, María Ángeles, Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Edit. Colex, Madrid, 2000, p. 764.

76 CNCom. Sala C, 5/3/93, "Gotelli, Ricardo s/ quiebra", IMP 1994-B, 2928.

77 DÍEZ-PICAZO – GULLÓN, Sistema de derecho civil, cit, p. 517.

78 En esta línea se ha declarado que "entre los requisitos exigibles de la gestión de negocios, debe acentuarse el de la «utilidad», el que debe juzgarse al momento de su iniciación y apreciarse con criterio objetivo «como lo haría un buen padre de familia» (CNCom., Sala C, 5/3/93, "Gotelli, Ricardo s/quiebra", IMP 1994-B, 2928).

79 CASTÁN TOBEÑAS, José, Derecho Civil español, común y foral, cit, T. 4, p. 926.

80 SPOTA, Alberto G., Instituciones de Derecho Civil. Contratos, cit, vol. I, p. 46.

81 CNCom. Sala C, 5/3/93, "Gotelli, Ricardo s/quiebra", IMP 1994-B, 2928.

82 ARIAS RAMOS, J – ARIAS BONET, J.A., Derecho romano, cit, T. II, p. 636.

83 Audiencia Provincial de Granada, sec. 3ª, 8/10/01, sent. Nº 691/2001, ponente: Sr. Jiménez Burkhardt, en El Derecho (Esp.), caso 2001/75826.

84 TRIGO REPRESAS, Félix – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 236.

85 Así lo dispuso, por caso, la Cám. Com., de la Corte de Casación francesa, el 12/1/99, en fallo publicado en Recueil Dalloz, t. 2000, sec. Jurisprudence, p. 239, con nota de FIORINA.

86 VASSEUR, M., Urgence et droit civil, Revue Trimm. de Droit civ., t. 1954, N° 8, p. 418. JESTAZ, P., L'urgence et les principes classiques du droit civil, LGDJ, 1968, N° 123, p. 111 ; CARBONNIER, J., Droit civil. Les obligations, 14ª edic., PUF, coll. Thémis, N° 298, p. 525.

87 FIORINA, Les conditions de la gestion d'affaires en présence d'un contrat préexistant, Recueil Dalloz, t. 2000, sec. Jurisprudence, p. 242.

88 TERRE – SIMLER -LEQUETTE, Droit civil. les obligations, Précis Dalloz, 7ª edic., p. 732, N° 957; BOUT, R., su aporte en Juris-Classeur, civil, art. 1372 à 1375, Fasc 20, N° 316, p. 381.

89 TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 237.

90 CASTÁN TOBEÑAS, José, Derecho Civil español, común y foral, 12ª edic., Reus, Madrid, 1985, T. 4, p. 922.

91 Cám. CC San Isidro, Sala I, 18/3/88, "Traverso, Flamilo c/ Pichel Carlos H. A., y otros", DJ 988-1-121.

- 92 CNCom. Sala D, 9/4/97, "Masero, Raúl c/ Ortega, Mirta", LL 1997-E-620 y DJ 1998-1-521.
- 93 FIORINA, D., Les conditions de la gestion d'affaires en présence d'un contrat préexistant, Recueil Dalloz, t. 2000, sec. Jurisprudence, p. 241; TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 237.
- 94 Trib. Trab. San Miguel, 31/5/00, "Barbalarga, Luis A. c. Pafundi, Carlos A. y otros", LLBA 2001-539.
- 95 SÁNCHEZ KALBERMATTEN, La gestión de negocios, LL 1992-D-450; TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 238.
- 96 Díez-PICAZO, Luis – GULLÓN, Antonio, Sistema de derecho civil, 9ª edic., Tecnos, Madrid, 2002, p. 516.
- 97 ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, Derecho de obligaciones civiles y comerciales, cit, p. 743, Nº 1806/1807; TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 238.
- 98 Díez-PICAZO, Luis – GULLÓN, Antonio, Sistema de derecho civil, cit, p. 517.
- 99 MOSSET ITURRASPE, Contratos, cit, p. 433.
- 100 BOUT, R., su aporte en Juris-Classeur, civil, art.1372 à 1375, Fasc. 20, Nº 104.
- 101 TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 239.
- 102 Audiencia Provincial de Valencia, sec. 11ª, 8/5/02, sent. Nº 216/2002, ponente: Sr. Arolas Romero, en El Derecho (Esp.), caso 2002/43480.
- 103 CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil español, común y foral, cit, T. 4, p. 922.
- 104 CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil español, común y foral, cit, T. 4, p. 922.
- 105 MOSSET ITURRASPE, Contratos, cit, p. 431.
- 106 SIMONCELLI, Istituzioni di Diritto privato italiano, 3ª edic., p. 332, citado por CASTÁN TOBEÑAS, José, Derecho Civil español, común y foral, 12ª edic., Reus, Madrid, 1985, T. 4, p. 920.
- 107 CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil español, común y foral, cit, T. 4, p. 922.
- 108 Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, 14/3/02, ponente: Sra. Jiménez de Cisneros y Cid, en El Derecho (Esp.), caso 2002/13271.
- 109 TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 239.
- 110 Díez-PICAZO – GULLÓN, Sistema de derecho civil, cit, p. 517.
- 111 Díez-PICAZO – GULLÓN, Sistema de derecho civil, cit, p. 517.
- 112 GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, en PUIG I FERRIOL, Lluís - GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen – GIL RODRÍGUEZ, Jacinto - HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, Manual de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Marcial Pons edit., Madrid, 1996, p. 40.
- 113 CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil español, común y foral, cit, T. 4, p. 922.
- 114 CNCom., Sala C, 5/3/93, "Gotellí, Ricardo s/quiebra", IMP 1994-B, 2928.
- 115 SÁNCHEZ KALBERMATTEN, La gestión de negocios, LL 1992-D-450.
- 116 Díez-PICAZO, Luis – GULLÓN, Antonio, Sistema de derecho civil, op cit, p. 517.
- 117 TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 240.
- 118 PARRA LUCÁN, María Ángeles, Los cuasicontratos, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos – DE PABLO CONTRERAS, Pedro – PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Angel – PARRA LUCÁN, María Ángeles, Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, cit, pp. 764 y ss.
- 119 STOLZE GAGLIANO, Pablo – PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil. Obrigações, Editora Saraiva, São Paulo, 2004, vol. II, p. 363.
- 120 Díez-PICAZO, Luis, La representación en el derecho privado, Civitas, Madrid, 1992, p. 100.
- 121 COMPAGNUCCI DE CASO, La gestión de negocios y el principio de «no injerencia», LL 1998-E- 878.
- 122 COMPAGNUCCI DE CASO, La gestión de negocios y el principio de «no injerencia», LL 1998-E- 879; CAZEAUX, Néstor P. -TRIGO REPRESAS, Félix A., Derecho de las obligaciones, Lib. Editora Platense, La

Plata, 1987, t. I, p. 322, Nº 212, LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, Teoría de los contratos. Parte general, Ed. Zavallía, 3ª ed., Buenos Aires, 1984, p. 333; TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 237.

123 COLOMBRES GARMENDIA, Ignacio, El pago por tercero, Plus Ultra, Bs. As., 1971, p. 129.

124 TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 240.

125 CNCiv., Sala I, 17/7/01, "Pellegrini Lidia M. J. y otro c. Garate Ader, Sergio A.", JA 2002-I, 710.

126 MORENO QUESADA, Bernardo - BUSTOS VALDIVIA, Ceferino - TRUJILLO CALZADO, Ma. Inés, Derecho Civil patrimonial. Conceptos y normativa básica, 5ª. edic., Edit. Comares, Granada, 2002, p. 368.

127 SPOTA, Instituciones. Contratos..., cit., t. IX, p. 508, Nº 1806; TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 241.

128 COMPAGNUCCI DE CASO, La gestión de negocios y el principio de «no injerencia», LL 1998-E- 878.

129 MARCADÉ, V., Explication du Code Civil, 7ª edic., París, 1873, Delamotte & fils edit, T. V, p. 262, Nº 1372.

130 TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE, Droit civil. Les obligations, cit, p. 780, Nº 959.

131 DÍEZ-PICAZO, Luis., La representación en el derecho privado, cit, p. 100, Nº 55.

132 POTHIER, R. J., Tratado de las obligaciones, Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1961, p. 71.

133 CNCiv. Sala B, 30/5/84, "Massai, Humberto y otro c/ Grasso, Guillermo", LL 1984-C-450 y ED 110-153; Cám. CC Bell Ville, 3/9/91, "Fornasero de Gallo, Lucía", LL 1992-1110.

134 Cám. 1ª CC Mar del Plata, Sala 2ª, 10/7/98, "Pinilla Ruiz, Conrado c/ Añaños, Carlos F. y otra", LLBA 1999-348.

135 Audiencia Provincial de Girona, sec. 1ª, 9/11/99, sent. Nº 564/1999, ponente: Sr. Carles Garau, en El Derecho (Esp.), caso 1999/49944, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 8/3/93, sent. Nº 222/1993, ponente: Sr. Casares Córdoba, en El Derecho (Esp.), caso 1993/2280.

136 Cám. CC Morón, Sala II, 23/10/97, "Kenny, Mario O. y otro c. Vidoret, Carlos H.", LLBA 1998-521.

137 Cám. CC Morón, Sala II, 23/10/97, "Kenny, Mario O. y otro c. Vidoret, Carlos H.", LLBA 1998-521.

138 BORDA, G. A., Tratado de derecho civil. Contratos, Ed. Perrot, 3ª ed., Buenos Aires, 1974, T. II, p. 511, Nº 1813; DE SEMO, G., La gestión de negocios ajenos, Trad. Rodríguez del Barco, Ed. R.D.P., Madrid, 1961, p. 148, Nº 65; TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 243.

139 MALUMIÁN, Nicolás - BARREDO, Federico A., La correcta rendición de cuentas del agente o de la sociedad de bolsa, Sup. JA del 20/7/2005.

140 CNCiv., Sala F, 28/2/95, "Corvino, María R. y otros c/ Sindicato de Empleados Jaboneros", LL 1996-C-793 (38.793-S); en similar sentido, CNCiv., Sala D, 4/12/98, "Administración Pedretti S.R.L. c/ Consorcio Emilio Mitre 435", LL 1999-F-358 y DJ 2000-1-499.

141 CNCiv., Sala C, 1/3/94, "Genoud, Sonia c/ Buono, Pedro J.", LL 1994-D-71 y DJ 1994-2-530.

142 CNCiv., Sala F, 31/8/95, "Korman, Pablo S.", LL 1997-B-510.

143 MALUMIÁN, Nicolás - BARREDO, Federico A., La correcta rendición de cuentas del agente o de la sociedad de bolsa, Sup. JA del 20/7/2005, con cita de Cám. CC Morón, 8/6/72, «Avenbrug, Marcos v. Coop. de San Antonio de Padua Nor Sur Ltda.», JA 20-1973, p. 594.

144 POTHIER, R. J., Tratado de las obligaciones, cit, p. 71.

145 MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños. Parte General, cit, p. 332, letra b).

146 PARRA LUCÁN, María Ángeles, Los cuasicontratos, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos – DE PABLO CONTRERAS, Pedro – PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Angel – PARRA LUCÁN, María Ángeles, Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, cit, p. 764.

147 Se ha decidido que las normas que instituyen los intereses legales son susceptibles de una interpretación amplia y por analogía pueden ser extendidas a casos similares. La ley ha establecido específicamente intereses compensatorios en los supuestos de sumas adelantadas por el autor, mandatario, fiador o gestor (arts. 466, 1950, 2030 y 2298, Cód. Civil). De todas esas hipótesis la que más se asimila al

caso del empleo útil es la gestión de negocios, aunque pueda distinguirse una de otra atendiendo a la intención del agente, y en ese supuesto los intereses se deben desde el día en que los gastos se hicieron (art. 2298, Cód. Civil), siguiendo un principio generalizado para hipótesis similares (arts. 1950 y 2030, Cód. Civil). De ahí que la persona en cuya favor se hizo el gasto, debe intereses sobre la suma útilmente empleada desde el día en que aquél se hizo (CNCiv., Sala C, 20710/81, "De Zambotti de Capocci, Palmira", LL 1983-B, 753 (36.322-S).

148 SALVAT - ACUÑA ANZORENA, señalan que la solución legal es coincidente con lo dispuesto en el art. 1871, que presume al mandato como gratuito (SALVAT - ACUÑA ANZORENA, Tratado Fuentes..., cit., t. III, p. 615, N° 2615).

149 Cám. CC Bell Ville, 20/4/93, "Natalicio, Rogelio O. c. Miguel, J. y Ferrero S. R. L.", LL 1994-123.

150 COMPAGNUCCI DE CASO, La gestión de negocios y el principio de «no injerencia», LL 1998-E- 880.

151 Prestigiosa doctrina ha expuesto que para esta solución Vélez se atuvo a lo dispuesto en el derecho y doctrina francesas quienes se niegan a aplicar la normativa del contrato de mandato fundamentando la acción del gestor en la equidad y no en las normas de aquel contrato (COMPAGNUCCI DE CASO, La gestión de negocios y el principio de «no injerencia», LL 1998-E- 880; TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. I, p. 345; BORDA, Tratado. Contratos, cit., t. II, p. 514, N° 1819).

152 CNCiv., Sala G, 15/3/85, "Municipalidad de la Capital c. Majes, S. A.", LL 1985-D, 206 y DJ 1986-1-235.

153 CNCiv., Sala G, 29/8/84, "Valdez de Beltrán, María S. c. Falduto, Horacio D.", rev. ED del 1/11/84, p. 6; ídem, Sala F, 23/4/79, "Güelfi, Francisco N., suc.", ED 84-182.

154 PUIG I FERRIOL, Lluís - GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen - GIL RODRÍGUEZ, Jacinto - HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, Manual de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Marcial Pons edit., Madrid, 1996, p. 674.

155 MORENO QUESADA, Bernardo - BUSTOS VALDIVIA, Ceferino - TRUJILLO CALZADO, Ma. Inés, Derecho Civil patrimonial. Conceptos y normativa básica, 5ª. edic., Edit. Comares, Granada, 2002, p. 369.

156 CNCiv., Sala D, 15/10/81, "El Albula, Soc. en Com. por Accs. c/ Canale, N. T. y otro", LL 1982-A-418 y ED 97-287.

157 COMPAGNUCCI DE CASO, La gestión de negocios y el principio de «no injerencia», LL 1998-E- 881; en similar sentido, TERRÉ-SIMLER-LEQUETTE, Droit civil. Les obligations, 6ª ed., cit, p. 776, N° 955.

158 CNCCom. Sala B, 12/10/81, "Serafini, Osvaldo H. c/ Sclippa, Rubén O. y otra", ED 98-357.

159 CNCiv. Sala A, 14/9/98, "Vecchio, Lidia R. c/ Rodríguez do Campo, Adelaida y otro", LL 1999-B.251 y DJ 1999-2-268; en similar sentido, Cám. Nac. Esp. CC, Sala 2ª, 30/6/77, "Plaza de Iervasi, Josefa y otras c/ Schajman, Elisa y otros", JA 979-I-643; SCBA, 7/9/82, "Posteraro de Gómez, María E. y otro c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires", DJBA 123-439; CNCCom., Sala B, 12/10/81, "Serafini, Osvaldo H. c. Sclippa, Rubén O. y otra", ED, 98-357.

160 CNCiv. Sala D, 15/10/81, "El Albula, Soc. en Com. por Accs. c/ Canale, N. T. y otro", LL 1982-A-418 y ED 97-287.

161 CNCiv. Sala D, 15/10/81, "El Albula, Soc. en Com. por Accs. c/ Canale, N. T. y otro", LL 1982-A-418 y ED 97-287.

162 CNCiv. Sala A, 26/6/90, "Bandin, Jorge M. c/ Román Ingeniería", LL 1991-A-189. En ese caso se dijo que constituía una exteriorización cabal de tal ratificación la suscripción del escrito de demanda por propio derecho, con el patrocinio de la misma letrada firmante de las interpelaciones oportunamente cursadas.

163 CNEsp. CC, Sala II, 30/6/77, "Plaza de Iervasi, Josefa y otras c. Schajman, Elisa y otros", JA 979-I-643.

164 CNCiv., Sala F, 16/12/97, "Depiaggi, José E. c/ Avetisian, Armen", LL 1998-D-293 y DJ 1998-3-564; ídem, 13/10/94, "Mamciz, Bernardo c/ Shibuya, Carlos A.", JA 1995-III-320.

165 CNCiv., Sala F, 16/12/97, "Depiaggi, José E. c/ Avetisian, Armen", LL 1998-D-293 y DJ 1998-3-564.

166 MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños. Parte General, cit, p. 331, letra b).

167 MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños. Parte General, cit, pp. 331/332, letra b).

168 En un fallo se precisó que si la gestión no tiene como fundamento una utilidad ni el evitar un daño, sino que la misma redunde en beneficio del que la hizo o, al menos, común, teniendo en miras el propio interés, no corresponde su reconocimiento (CNCCom., Sala C, 5/3/93, "Gotelli, Ricardo s/ quiebra", IMP 1994-B-2928).

169 COMPAGNUCCI DE CASO, La gestión de negocios..., LL 1998-E- 880.

170 SPOTA, Instituciones. Contratos, cit., t. IX, p. 92, Nº 1896. BORDA, Tratado. Contratos, cit., t. II, p. 510, Nº 1810.

171 COMPAGNUCCI DE CASO, La gestión de negocios..., LL 1998-E- 880

172 La ratificación posee la virtualidad de cubrir toda insuficiencia del apoderamiento, así como también su ausencia; por consiguiente, existe ratificación cuando alguien, sin tener poderes o ante la insuficiencia del facultamiento con que cuenta, realiza un acto en nombre de otro, quien ulteriormente hace suyos los efectos del acto celebrado. De ahí que todas las derivaciones del acto realizado son asumidas por la parte que ratifica la gestión ajena cumplida en su beneficio, lo cual acarrea como efecto colateral la desvinculación del agente gestor por dichas consecuencias (CNCiv., Sala D, 15/10/81, "El Albula, Soc. en Com. por Accs. c/ Canale, N. T. y otro", LL 1982-A-418 y ED, 97-287).

173 La inexistencia de la ratificación prevista en los arts. 1161, 1162, 1936, 2304 y concs. del Cód. Civil hace que el gestor quede personalmente obligado (CNCiv., Sala F, 16/12/97, "Depiaggi, José E. c/ Avetisian, Armen", LL 1998-D-293 y DJ 1998-3-564). Pero una vez realizada la ratificación de la gestión de negocios, ésta equivale al mandato y sus efectos se retrotraen al día del acto (CNCiv., Sala A, 14/9/98, "Vecchio, Lidia R. c/ Rodríguez do Campo, Adelaida y otro", LL 1999-B-251 y DJ 1999-2-268).

174 BORDA, Tratado. Contratos, cit., t. II, p. 514 / 515, Nº 1821. SALVAT-ACUÑA ANZORENA, Tratado. Fuentes, t. III, p. 618/619, Nº 2621. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Teoría, cit., p. 341, autor que al igual que en la doctrina francesa, diferencia la actuación en nombre propio de la realizada en nombre ajeno.

175 DE SEMO, La gestión..., cit., p. 147, Nº 64. MESSINEO, Manual..., cit., t. VI, p. 448; MARTY, G - RAYNAUD, P., Droit civil - Les obligations, 2ª ed., Sirey, París, 1988, t. 1, Les sources, p. 401, Nº 387. CARBONNIER, Jean, Droit civil, 23ª ed., PUF, París, 1995, t. II, v. III, p. 162, aclara que cuando el gestor declara obrar por cuenta del dueño éste queda obligado y hay representación perfecta. La obligación del «dominus» con los terceros queda subordinada a la ratificación o a la utilidad de la gestión.

# Análisis de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana en la protección de los derechos fundamentales

## IV PARTE

Igualdad - Propiedad

Laureano Gómez Serrano

### **ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

AUTOR: Laureano Gómez Serrano

DIRECCION: lgomezse@unab.edu.co

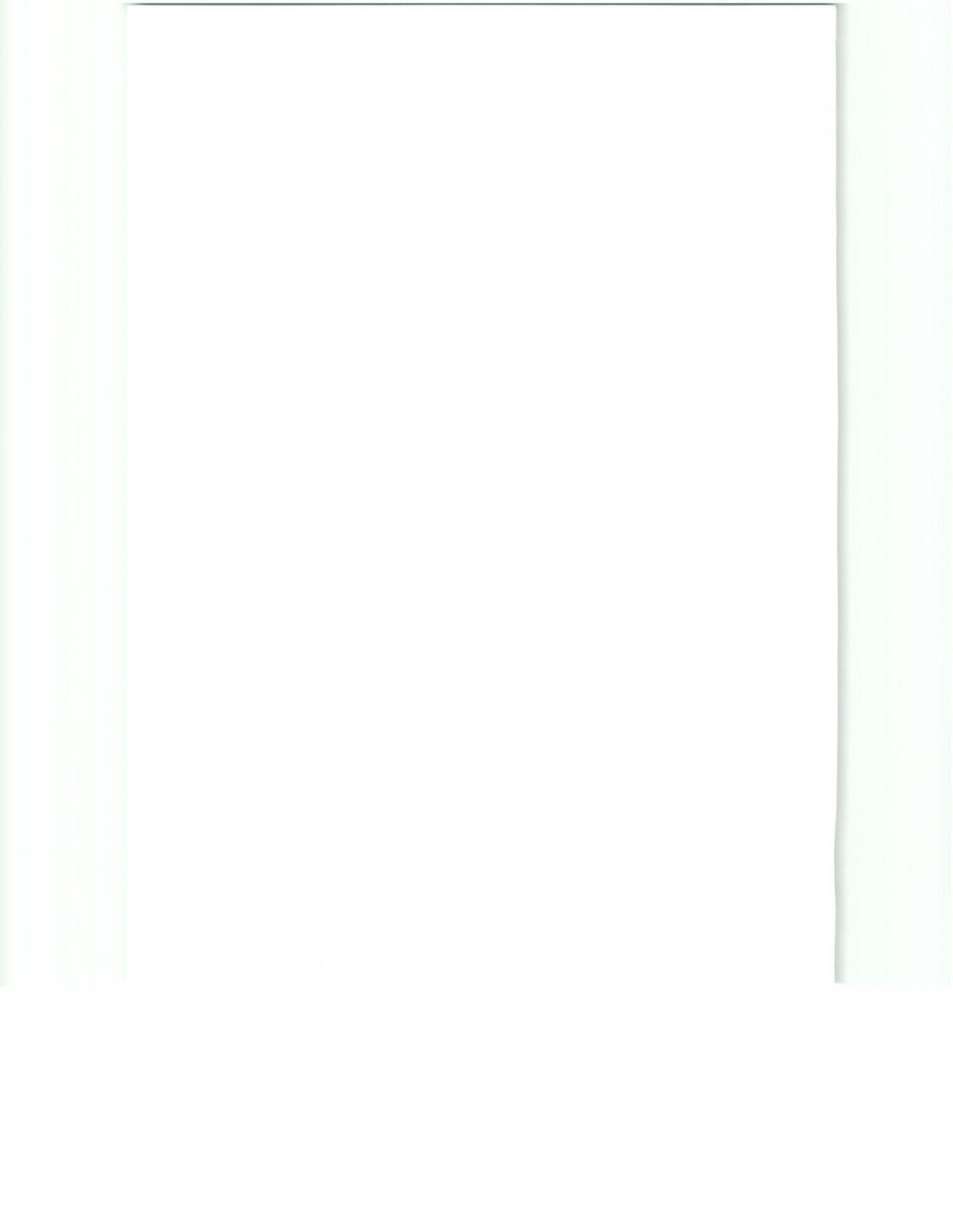
FECHA DE RECEPCIÓN: mayo 3 de 2006

DESCRIPTORES: Corte Constitucional, sentencia, derechos fundamentales, Colombia

RESUMEN: Se presenta la reseña que contiene el INFORME DE INVESTIGACIÓN sobre la Cuarta Parte del proyecto adelantado dentro del programa de Doctorado en Justicia y Derecho (Gobernabilidad y garantías), de la Universidad Pablo De Olavide (Sevilla- España).

KEY WORDS: Constitutional Court, sentences, fundamental rights, Colombia

ABSTRACT: The review that contains the REPORT OF INVESTIGATION on the Fourth Part of the project advanced within the program of Doctorate in Justice and Right (Governability and guarantees), of the University appears Pablo De Olavide (Seville Spain).



# Análisis de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana en la protección de los derechos fundamentales

---

Laureano Gómez Serrano

**S**e presenta un resumen del análisis sobre los Derechos Fundamentales a la Igualdad y a la Propiedad, que pertenecen a la IV Parte del trabajo de investigación adelantado para el Programa de Doctorado en Justicia y Derecho (Gobernabilidad y Garantías) de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España), y cuyos acápites precedentes se han publicado en las ediciones 47, 48, y 49 de la revista.

## **Capítulo 30: ANALÍTICA SOBRE LA IGUALDAD**

**“...Las sociedades humanas parecen, al primer golpe de vista, fundadas sobre montones de arena movediza...”<sup>1</sup>**

### **1. LA IGUALDAD DE LOS DESIGUALES**

La impugnación de la desigualdad ha sido, junto con la diatriba contra la injusticia, el común denominador del discurso de los pensadores sociales, quienes desde diferentes trincheras han arrojado sus venablos contra los poderosos que someten al pueblo al poder de sus leyes y al yugo de su explotación, alentados por el axioma

aristotélico de que **“Es manifiesto que algunos hombres son por naturaleza libres, y otros esclavos, y que la esclavitud es justa y útil para estos últimos. (...) Es precisamente por el nacimiento que se da la diferencia, estando algunos destinados a mandar y otros a obedecer...”** <sup>2</sup>

Thomas Hobbes, al reseñar las condiciones naturales del género humano, refuta al estagirita para determinar que los hombres son iguales por naturaleza, y que precisamente de esa misma igualdad procede la desconfianza que engendra la guerra; es la igualdad la que determina la competencia que impulsa al ataque recíproco en procura de un beneficio o ventaja, creando la situación de inseguridad que demanda la instauración de un poder común, el Leviatán o Estado, para imponer la ley y la justicia.

John Locke señala que la igualdad se deriva del hecho de que los hombres son iguales por naturaleza: **“son criaturas de la misma especie y rango, nacidas todas ellas para disfrutar en conjunto las mismas ventajas naturales y para hacer uso de las mismas facultades”** <sup>3</sup>; sin embargo, es un hecho que en la naturaleza se producen desigualdades, bien sea por deficiencias del curso ordinario de la naturaleza, o por acción del ingenio humano o por depravación y degeneración de la condición humana.

El clérigo Jean Meslier<sup>4</sup>, en el ocaso de la sociedad feudal, puso de presente la alianza de la Iglesia con los aristócratas, para apoderarse de todos los bienes, de todas las riquezas y de todos los placeres, mientras que el pueblo carga con todos los infortunios, desvelos, desventuras y con el trabajo extenuante, creando una inmensa, injusta y sorprendente desigualdad entre los hombres, razón por la cual **“...todos los poderosos y los señores nobles sean colgados y ahorcados.”**<sup>5</sup>

Desde las huestes de la naciente burguesía ilustrada Voltaire se alzó contra el Estado absolutista, la nobleza y el clero; coqueteando unas veces con los monarcas ilustrados y otras con las ideas republicanas, propugnaba por la abolición de los privilegios y cargas feudales, planteaba la libertad social, como la posibilidad de actuar conforme a las leyes naturales, de donde se desprenden la libertad individual, las libertades de palabra, de conciencia y de trabajo, que sólo se desarrollan en una sociedad igualitaria.

Jean Jacques Rousseau<sup>6</sup>, expuso a solicitud de la Academia de Dijón, una acerba crítica a la sociedad feudal, a los privilegios de la nobleza y el clero, así como al poder absolutista, que fueron asumidas por los plebeyos del tercer estado como estandarte igualitario.

## 2. LA LUCHA POR LA IGUALDAD

El postulado roussoniano de la igualdad de los hombres es recogido como programa político de la nueva sociedad que nace con la revolución francesa, en la crítica del Antiguo Régimen, una sociedad basada en privilegios, como la presenta el abate Sieyès; éste muestra cómo los privilegios son una carga pesada y estéril para la nación .

La revolución jacobina pretendió convertir la igualdad, junto con la fraternidad y la libertad, en núcleo de su doctrina, tanto en el proyecto de Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1793, como en las ejecutorias del Comité de Salud Pública, al considerarla como presupuesto para el ejercicio de una verdadera democracia guiada por la virtud, de la cual el terror contra los enemigos de la revolución no es más que una emanación, la expresión de una justicia expeditiva, severa, inflexible ejercida mediante el despotismo de la libertad contra la tiranía.

Como réplica al intento del llamado Régimen del Terror de instaurar un sistema social igualitario, la burguesía thermidoriana redujo el principio de igualdad a un mero canon jurídico, en la constitución de 1795, como mera y simple igualdad política, al amparo de la ficción legal, en el sometimiento a la ley: **“La igualdad consiste en que la ley es la misma para todos, ya sea al proteger, ya sea al castigar.”**<sup>7</sup>

Immanuel Kant señaló que la igualdad es un derecho adquirido por el individuo que vive en una sociedad con otros, en la cual cada uno mantiene lo suyo, e implica no reconocer ningún superior en el pueblo, sólo a aquel que tiene la capacidad moral de obligarle jurídicamente, del mismo modo que éste puede obligarle a él, a cuyo efecto la define como **“la igualdad innata, es decir, la independencia, que consiste en no ser obligado por otros sino a aquello a lo que también recíprocamente podemos obligarles.”**<sup>8</sup>

Kant precisa que lo que se proscriben son las desigualdades irracionales, como las fundadas en el privilegio, y por esa razón, para superarlas, las leyes pueden generar diferencias que es necesario subordinar ante el principio de igualdad, esto es, que deben estar destinadas a propiciar la igualdad, como una concreción del principio de solidaridad que es un pilar fundamental del orden social, cuya finalidad es generar individuos libres.

Carlos Marx, por su parte, señala que el concepto de igualdad es una categoría histórica determinada, producto del desarrollo de la sociedad burguesa, que

consiste en la condición de igual independencia de todos los individuos; por tanto, se correlaciona con el concepto de libertad de una manera indisoluble. Dicho presupuesto determina el alcance y los límites de ambos conceptos, a cuyo efecto la igualdad, que sólo puede ser política, surgió en contraposición a los privilegios feudales; sólo implica una equiparación político-jurídica de todos los individuos; por tanto, coexiste con la desigualdad económica.

Para Marx, la igualdad se realiza como igual libertad en la sociedad, en la acción esencial del hombre que es la producción de sus medios materiales de existencia, en la cual se despliega la socialización de la relación del hombre con el hombre, expresada en la categoría económica del **valor** y abstraída como igualdad político-jurídica, que sólo es un estadio intermedio en el camino de la conquista de la verdadera igualdad, que se realiza mediante la socialización de los medios de producción como instrumento resolutorio de la desigualdad real o explotación y de la separación entre la esfera privada y la pública.

Marx demuestra que la igualdad política estatuida por la revolución burguesa sólo crea una democracia formal que enuncia derechos y libertades que no subsisten realmente en la sociedad civil y que, por el contrario, el Estado, expresión de la sociedad política que se manifiesta en la esfera pública, reafirma las diferencias de hecho entre los individuos, como las que surgen del nacimiento, estamento, la cultura o la ocupación, declarándolas como diferencias apolíticas.

### 3.- LA IGUALDAD POLÍTICA

La igualdad formal, traducida como principio rector del ordenamiento jurídico y fundamento de la democracia, es proclamada en los textos constitucionales modernos y erigida en Derecho Fundamental como un signo enigmático que procura soslayar la real diferencia material de los individuos para expresarla mediante una formulación jurídica, como diferencias jurídicas, que garanticen el ejercicio del derecho a tales diferencias, no para que todos los individuos sean iguales, sino para que cada uno tenga derecho a ser diferente, como lo señala Pérez Royo, “ **la razón de ser de la igualdad constitucional es el derecho a la diferencia.**”<sup>9</sup>

El principio de igualdad, es una ficción, un mero artificio político para expresar de una manera extrapolada, general y abstracta el hecho real de la desigualdad material, de manera tal que permita construir el orden social, necesario para

la convivencia humana, en medio de las diferencias individuales, y que además las legitima y justifica por medios pacíficos como son los ideológicos, pues de lo contrario, estas se manifestarían de forma caótica y anárquica, y el orden sólo podría imponerse mediante la fuerza.

El concepto de la igualdad política percibe al individuo desde su condición antropológica, como un ser con capacidad de comprender y actuar de conformidad con su comprensión, esto es, que tiene voluntad, que puede actuar de diferentes maneras, optar entre diferentes alternativas de acción; por tanto, las conductas de todos los individuos del género humano son distintas; así entonces, por cuanto todos tienen igual posibilidad de optar, todos son iguales, pero éste ejercicio igualitario de la voluntad individual genera precisamente la desigualdad.

Como las múltiples conductas disímiles de individuos iguales y libres generan desorden, elemento disolvente de la coexistencia social, el poder político dominante que se erige como aglutinante, postula como elemento rector de la vida social la llamada voluntad general, en procura de la común conservación y el bien general.

El sufragio se convierte en el equivalente universal de la igualdad, y las elecciones en el torneo donde múltiples voluntades heterogéneas se funden en la voluntad general, difuminando en su condición de fracción anónima el interés particular.

Como mítico maná que sustenta la democracia de la sociedad capitalista, el sufragio universal sirve de panacea al mundo occidental, supera las desigualdades económicas y sociales en las naciones desarrolladas, sustituye dictadores por gobernantes serviles a las potencias dominantes en países dependientes, o, por medio del mismo, pretende restañar la dignidad ultrajada y mancillada por el invasor a quien haya osado pronunciar el discurso de la diferenciación étnica o cultural, como es el caso de las elecciones organizadas en Afganistán e Irak por las fuerzas civilizadoras de la democracia norteamericana.

La Declaración de Derechos de 1789 introdujo el discurso de la igualdad ante la ley como artificio ideológico, como una ficción, para ocultar que la igualdad no era un derecho, porque si lo fuese, la igualdad material colisionaría de inmediato con el derecho a la propiedad y con el ejercicio de la libertad individual que engendran la desigualdad; por ello, la igualdad ante la ley es la simple prohibición al legislador de tratar de manera discriminatoria a los sujetos

de derecho con fundamento en consideraciones de raza, sexo u opinión, no es la imposición de que todos sean tratados del mismo modo, por cuanto legislar implica distinguir.

Desde una perspectiva pragmática el discurso de la igualdad al encarnarse en formulaciones jurídicas concretas tiene que traspasar los límites del discurso de la justicia para plantearse problemas de autoentendimiento y de conciliación de intereses, y manifestarse en normas dirigidas a destinatarios indeterminados y múltiples, como planteamiento universal, general y abstracto, que no consiente excepciones y, por tanto, excluye privilegios o discriminaciones.

Sin embargo, al conectarse con la vida real, con las materias jurídicas concernientes a fines y bienes colectivos, el derecho se ve obligado a precisar no sólo lo que es bueno para todos por igual, sino quienes son los participantes de la acción colectiva, de la identidad común, su forma de existencia y la mejor forma de conseguirla como elección racional de medios, lo cual implica la generación de compromisos.

#### 4. LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO

La igualdad, dentro de la estructura constitucional asume una expresión bifronte, como principio y como Derecho Fundamental; como principio, la igualdad impone a los poderes públicos el obrar positivamente en determinada dirección, restringiendo su libertad de acción, y como derecho otorga a los ciudadanos poder para imponer a los órganos del Estado determinados comportamientos, vinculándolos con fuerza normativa, que son exigibles judicialmente, y cuya tutela se encomienda al juez constitucional.

La Constitución Política de Colombia, en su preámbulo<sup>10</sup> constitucionaliza el principio de igualdad, al ser enunciado junto con los otros fines del Estado, como valor fundamental del orden jurídico en procura de construir un sistema político, económico y social justo, sintetizando los fundamentos, valores y principios que se desarrollan en su cuerpo normativo, a cuyo efecto en sí mismo goza de poder vinculante, de tal manera que “ **ninguna autoridad podría contrariar los fines señalados sin lesionar la Constitución.**”<sup>11</sup>

## 5. HERMENÉUTICA DE LA IGUALDAD

Por cuanto predicar la igualdad o la desigualdad es un juicio de valor que se realiza en relación con una pluralidad de personas, objetos o situaciones, para realizarlo es preciso determinar el aspecto, rasgo, factor o característica determinantes de la comparación, el cual es denominado por la doctrina como **“tertium comparationis”** o criterio de valoración.

Corresponde al legislador determinar en cada ley el criterio de valoración de acuerdo con la finalidad que persigue realizar, la cual se deduce de la consecuencia jurídica o trato asignado a los destinatarios de la norma, mientras que al juez constitucional le corresponde examinar la congruencia del criterio de diferenciación adoptado en la ley, a cuyo efecto en cada caso, debe graduar la intensidad de los instrumentos de control que aplica para verificar el análisis.

### Capítulo 31: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA IGUALDAD.

**“La igualdad es pura y simplemente un tipo de relación formal, que se puede colmar de los más diversos contenidos.”<sup>12</sup>**

#### 1.-EL JUICIO DE IGUALDAD

La igualdad constitucional que liga al legislador le impone la carga de ser neutral ante la diferencia, esto es, regular el ejercicio del derecho de los ciudadanos a la diferencia sin tomar partido por nadie, ya que la ley, como expresión de la voluntad general, no puede inclinarse por ninguna voluntad particular; por tanto, la **“igualdad constitucional se traduce en una exigencia de neutralidad legislativa”<sup>13</sup>**, cuyo cumplimiento es sometido al control del custodio constitucional.

En el ejercicio de su función de control el juez constitucional debe dilucidar los efectos de naturaleza valorativa del concepto de igualdad, derivado del principio de dignidad de la persona humana como ente dotado de voluntad libre, a fin de evaluar el cumplimiento por parte del legislador de su carga de eutralidad, en especial, cuando realiza diferenciaciones.

Respecto a la vinculación de los poderes públicos a la **“igualdad constitucional”**, surge la necesidad de realizar una primera diferenciación

de las dos facetas que ella presenta: la primera, que alude a su eficacia vinculante frente al legislador, es decir, su obligación de garantizar la **“igualdad”** en la fase de producción o creación de la ley, y la segunda, que alude a su eficacia vinculante frente a los poderes ejecutivo y judicial, así como frente a los particulares, esto es, la obligación de garantizar la **“igualdad”** en la fase de aplicación.

Para elucidar el significado del concepto de **“igualdad”**, se precisa una segunda diferenciación, en la cual el custodio constitucional debe discernir sobre el contenido de sus múltiples acepciones, en razón de que, como lo señala Ricardo Guastini<sup>14</sup> en su estudio sobre la gramática de la igualdad, el término **“igualdad”** en el desarrollo legislativo, además de las clásicas distinciones entre **“igualdad formal”** o jurídica, e **“igualdad sustancial”** o material, fáctica o social, asume diversos significados.

Así entonces, si se predica la igualdad de los seres humanos, en principio ninguno tiene derecho a un trato preferencial, a no ser que razones especiales lo impongan; por tanto, como lo señala Rawls **“ las desviaciones del mandato de tratamiento igual para todos los individuos tienen que ser, en cada caso, defendidas imparcialmente por el mismo sistema de principios que es válido para todos.”**<sup>15</sup>

## 2.- LAS PRUEBAS DE IGUALDAD

La igualdad se expresa junto a su antítesis la desigualdad, con colisiones complejas que sólo pueden ser dilucidadas mediante criterios fácticos y valorativos que involucren pluralidad de sujetos, objetos o situaciones que deben compararse y confrontarse mediante el uso de técnicas jurídicas que permitan emitir un juicio que determine, según el caso, la necesidad racional del trato igual o desigual.

Mediante las pruebas de igualdad, conocidas como **“test de igualdad”**, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia norteamericana ha construido elementos valorativos para analizar la racionalidad de un trato, sea este igual o desigual, en una situación fáctica determinada, que se funda en el principio de igualdad de protección (**“equal protection”**) establecido en la décima cuarta enmienda<sup>16</sup>, para señalar que existen diversos niveles de intensidad en los análisis de igualdad, que permiten ponderar de mejor manera principios como el democrático y el de distribución de competencias entre las ramas del poder del Estado.

### 3.- EL JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD

La igualdad surge en el texto constitucional colombiano apareada con la libertad en el artículo 13 que señala que “ **Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley...**”<sup>17</sup>, expresado como un mandato claro de trato paritario y de no discriminación, que de inmediato se complementa con unas estipulaciones indeterminadas, que disponen tratos especiales o discriminatorios, a ciertos individuos o grupos de individuos, instituidos como deberes de promoción y de protección, en aparente contradicción con el primer enunciado.

A partir de estos enunciados normativos, la Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado su doctrina sobre la igualdad, en procura de puntualizar su alcance y precisar los límites a la acción del legislador cuando genera restricciones, que en este caso, se concretan en la estipulación de desigualdades y que ella sintetizó en el aforisma “ **Hay que tratar igual a lo igual, y desigual a lo desigual.**”<sup>18</sup>

Como el concepto de igualdad aparece en el texto constitucional en normas que deben ser consideradas como “*principios*”, y se halla en relación conflictiva con otros principios constitucionales, es necesario acudir a las técnicas de ponderación para poder definir en cada caso concreto a cual de estos principios ha de darse prevalencia.

La Corte Constitucional, al acoger como instrumento de análisis el “*test de razonabilidad*”,<sup>19</sup> señaló que la igualdad es un concepto relativo, en el cual se destacan tres aspectos: los sujetos entre los cuales se requieren repartir los bienes o gravámenes objeto de discusión, los bienes o gravámenes a repartir y el criterio para repartirlos: igualmente estableció los criterios relevantes que justifiquen establecer un trato desigual desde el aspecto metodológico se utiliza el “*test de razonabilidad*”, cuya aplicación presupone haber detectado la existencia fáctica de un tratamiento desigual por parte del legislador y la identificación de la materia sobre la cual recae.

La Corte Constitucional colombiana ha planteado la combinación de las técnicas de proporcionalidad europeas, de alto poder analítico, como son la adecuación, indispensabilidad y la proporcionalidad en estricto sentido (medios y fines), tomadas de la jurisprudencia de los Tribunales alemán, español, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con los “*test de razonabilidad*” aplicados por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que permiten graduar o modular la intensidad de las distintas fases del juicio de proporcionalidad, procedimiento que ella denomina como “*juicio integrado de igualdad*”.<sup>20</sup>

Para la canchero de la Carta, la igualdad no impide que el legislador establezca tratos diferenciados para los ciudadanos, sino que éstos tengan un fundamento objetivo y razonable, de acuerdo con la finalidad perseguida por la ley; pero ésta razonabilidad no se establece en abstracto, sino en concreto, en cada caso particular, teniendo en cuenta sus singularidades, a cuyo efecto es necesario utilizar el instrumento analítico del juicio de igualdad con mayor o menor énfasis; esto es, con diferente intensidad, unas veces de manera débil, otras de manera estricta, y en otras aplicando el análisis de intensidad intermedia.

La modulación del juicio de igualdad pretende racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la libertad de configuración de los derechos por parte del legislativo, a este efecto la Corte ha distinguido entre factores o criterios "*prohibidos*", "*sospechosos*", "*semiospechosos*", "*mandatos específicos de igualdad*" y población con "*debilidad manifiesta*", para efecto de la determinación de la intensidad, de una cualesquiera de las modalidades del análisis de igualdad que debe aplicarse, por cuanto "**Las diferencias básicas entre las tres modalidades del test estriban en su estructura, sus elementos de análisis y sus consecuencias en materia probatoria y argumentativa.**"<sup>21</sup>

Ha señalado la Corte Constitucional, en relación con la carga de la prueba de igualdad, que la justificación del elemento diferenciador debe ofrecerse por parte de la autoridad pública que lo establece, más aún cuando se introducen criterios de diferenciación respecto a factores que han sido expresamente prohibidos por la Constitución.

#### 4.- LA IGUALDAD DE LOS IGUALES

De la aplicación del llamado "*juicio integrado de igualdad*" ha resultado una ostensible reducción del núcleo esencial de la igualdad, dado que la Corte ha señalado que en todo caso debe confrontarse el principio con los derechos que resulten afectados por un trato diferenciado, por cuanto el juicio de constitucionalidad sobre la aplicación del principio de igualdad gravita en tono al criterio de comparación que permite realizar el cotejo; y este punto de vista es determinado por el legislador en cada ley, de acuerdo con la finalidad que persigue, la cual se deduce de la consecuencia jurídica o "*trato*" que se asigna a los destinatarios de la norma.<sup>22</sup>

Al examinar la constitucionalidad de la llamada "Ley de garantías electorales"<sup>23</sup>, la Corte mediante un fallo modulador de constitucionalidad, acoge por principio

la desigualdad estatuida por el legislador, y avala que tan sólo se minimicen las ventajas naturales que implica el que el presidente en ejercicio procure la reelección, esto es, que acepta la realidad de que en este caso, la lucha electoral es por esencia desigual.

La Corte señaló que el Acto legislativo 02 de 2004, al estatuir la reelección presidencial modificó de manera sustancial las reglas del ejercicio del poder y de la democracia.”<sup>24</sup>

Precisa el custodio constitucional que la ley de garantía, objeto de su examen sólo minimiza el impacto de la desigualdad producto del “**ímpetu de las ventajas presidenciales**”<sup>25</sup> mediante la regulación de la actividad política de los funcionarios públicos, el equilibrio en el acceso a los medios de comunicación, la limitación al uso de los bienes del Estado, y la regulación de financiación de las campañas políticas,.

## Capítulo 32: ANALÍTICA DE LA PROPIEDAD.

“¿Qué es la propiedad? ¡La propiedad es el robo!”<sup>26</sup>

### 1.- GÉNESIS DE LA PROPIEDAD

La antinomia propiedad y robo aparece en el código de Hammurabi. En la sintética estructura normativa que le es característica, que en condicional determina un hecho para atribuirle una consecuencia jurídica, estipula no sólo el hecho ilícito sino la acción que permitía la reivindicación de la cosa robada, así como su forma probatoria a través del testimonio; la regulación se inicia con una diáfana disposición: “**Si un hombre roba algo de propiedad del dios o del palacio, será ejecutado, y el que haya aceptado de sus manos lo robado, será ejecutado también.**”<sup>27</sup>

Para Aristóteles el concepto de propiedad surge de la naturaleza de las cosas y hace parte de los asuntos domésticos, que permiten una vida confortable, su adquisición constituye un arte que requiere de instrumentos, que unas veces son inanimados, como las cosas, y en otras animados como los esclavos, que son artículos vivos de la propiedad; el estagirita asume como natural la primigenia forma de apropiación de la naturaleza, en la apropiación del hombre mismo, que cimienta el modo de producción esclavista, según su aserto, “**si las lanzaderas tejieran solas y los plectros las cítaras tañeran, entonces ni los patronos necesitarían obreros ni esclavos los amos.**”<sup>28</sup>

Por su parte, Rousseau considera que el surgimiento de la propiedad constituye el hecho genitor de la sociedad civil, responsable de los crímenes, guerras, asesinatos y horrores e ha padecido el género humano que sólo son atemperados por la cultura y la civilización; **“el primero que, habiendo cercado un terreno, descubrió la mera de decir: Esto me pertenece, y halló gentes lo bastante humildes para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil.”**<sup>29</sup>

## 2.- LAS RELACIONES DE PROPIEDAD

Immanuel Kant asume la concepción del *ius civilis* como expresión de las relaciones jurídicas que establecen las personas privadas, elaborada por la teoría y la práctica jurídicas a partir de Corpus justiniano; en su concepción el derecho público y el privado se interrelacionan, de tal manera que la adquisición de un derecho con carácter perentorio, sólo es posible si tiene respaldo en el poder coactivo del Estado, pero en todo caso, siempre debe respetarse el principio de reciprocidad, esto es la misma condición para todos los individuos.

El filósofo de Königsberg, al validar y legitimar racionalmente el derecho a la propiedad privada, entendiendo que ella trasciende la simple tenencia o posesión, demandando la existencia de un acto jurídico que ligue a la seguridad y la libertad.

La posesión según Hegel, es poner la cosa bajo el poder exterior del individuo inducido por las necesidades naturales, los instintos o el arbitrio, ello implica que respecto a la propiedad no exista igualdad entre los miembros de la sociedad, la exigencia de igualdad en la repartición de la tierra o de cualquier otra riqueza a su juicio, es un entendimiento vacío y superfluo: **“la igualdad que se pretendiera introducir en la repartición de los bienes sería en poco tiempo nuevamente destruida, porque la riqueza depende de la diligencia de cada uno.”**<sup>30</sup>

## 3.- LA CRÍTICA DE LA PROPIEDAD

Contra la postulación de la propiedad como un derecho natural que realizó la burguesía francesa se alzaron Graco Babeuf y Sylvain Maréchal quienes en su célebre Manifiesto de los Iguales, que les llevará a ser guillotinado en 1797, formulan las ideas primitivas del socialismo proletario que procuran

abolir la propiedad privada al señalar que la naturaleza ha otorgado a todos los hombres el mismo derecho a gozar de todos los bienes, demostrando que la propiedad engendra la desigualdad y que ésta n ha sido más que una estéril ficción legal.

Una constelación de utopistas someterán a la propiedad a sus agudas críticas: Claude Henri de Saint Simón, Robert Owen, Charle Fourier, Flora Tristan, Jeann Deroin, Augusto Blanqui, entre otros, getarán contra ella conspiraciones y alzamientos, atribuyéndole los males que azotaban al proletariado en la naciente sociedad capitalista y atisbando en su destrucción los albores de una sociedad justa e igualitaria, que ellos llamaron socialista.

Pierre Joseph Proudhon al contestar su cuestionamiento sobre la génesis de la propiedad argumenta que propiedad y robo son sinónimos, conclusión a la que arriba mediante la utilización del racionalismo cartesiano con el cual somete a análisis los conceptos de justicia, equidad, igualdad, libertad y legalidad legados por la revolución francesa de 1789.

El utopista de Bensacon refuta a los legisladores burgueses que consagraron la propiedad como un derecho natural, al señalar que en nada se parece a la libertad o la igualdad, en cuanto que ella sólo existe para la mayoría de los ciudadanos como potencia, como una facultad dormida y sin ejercicio, irrespetada por los gobiernos y tribunales y estimada como una simple quimera, **“codiciada por todos, no reconocida por nadie... todo conspira para su muerte y para su ruina.”**<sup>31</sup>

Según el becario de Madame Suard, la ley civil tampoco puede ser fundamento ni sanción de la propiedad, ya que la igualdad es la expresión del derecho, mientras que la propiedad es la negación de la igualdad, constituyendo por tanto un hecho injusto, ya que en su concepto románico, como ***derecho de usar y abusar*** es una **“inmoralidad nacida de la violencia, la más monstruosa pretensión que las leyes civiles hayan sancionado jamás...(..); la propiedad es imposible, porque es madre de la tiranía....(..) es la negación de la igualdad.”**<sup>32</sup>

#### 4.- LA PROPIEDAD COMO RELACIÓN SOCIAL

Carlos Marx por su parte, considera que la propiedad constituye una relación social específica, producto de la división del trabajo y de la forma como los hombres producen sus medios de subsistencia, que se expresa en la sociedad

capitalista en una forma de apropiación privada, esto es despojada de toda apariencia de comunidad e independizada totalmente del Estado, que logra manifestarse como producto del consenso o **“voluntad general”** acogido mediante la apariencia legal.

Pone de presente que en cada época histórica la propiedad se ha desarrollado de un modo diferente, bajo una serie de relaciones sociales totalmente diferentes, razón por la cual el análisis de la propiedad burguesa demanda la exposición de las relaciones de la producción capitalista, **“querer concebir la propiedad como una relación independiente, una categoría aparte y una idea abstracta y eterna, no es más que una ilusión metafísica o jurídica.”**<sup>33</sup>

Para el economista de Tréveris, la esencia de la propiedad privada radica en ser la expresión enajenada del trabajo convertido en mercancía, a la vez que producto del trabajo enajenado constituye el medio por el cual el trabajo se enajena, la realización de esta enajenación; en su decir, el concepto de propiedad integra la relación del trabajador con el trabajo, con el producto de su trabajo y con el no trabajador, a la vez que integra la relación del no trabajador con el trabajador y con el producto de su trabajo: **“la propiedad privada es la expresión resumida, material, del trabajo enajenado...”**<sup>34</sup>

Para Marx la propiedad privada sobre los medios de producción, es una forma transitoria, por cuanto las leyes inmanentes de la producción capitalista determinan la centralización de capitales y la concentración de la propiedad por una parte, y la socialización del trabajo y de la producción por otra, lo que hace saltar en añicos su envoltura capitalista, con la expropiación de unos cuantos usurpadores por la masa del pueblo mediante la cooperación y la posesión colectiva de los medios de producción producidos por el propio trabajo: **“Ha sonado la hora final de la propiedad privada capitalista. Los expropiadores son expropiados.”**<sup>35</sup>

## 5.- ESTRUCTURA DE LA PROPIEDAD

La propiedad como concepto jurídico aparece en el derecho romano referida al ejercicio de un poder específico que se ejercía por un individuo respecto de una cosa, con el objeto de derivar de ella los beneficios que se desprendían de su naturaleza, a cuyo efecto podía disponer de esta total o parcialmente, sin que pudiese existir interferencia de los demás individuos.

Para los juristas romanos del período clásico la propiedad aparece como un

derecho sobre una cosa (*in re*) vinculado a su utilidad económica, que si bien aparentemente ostenta un carácter absoluto, en especial la territorial que implicaba **“la potestad plena sobre la cosa desde el cielo hasta los infiernos”**<sup>36</sup>, tiene limitaciones en su ejercicio, por razones de utilidad pública, del interés general o de simple vecindad; una decena de siglos después, los romanistas medievales, los llamados postglosadores o comentaristas, expresarán el contenido del derecho de propiedad como la confluencia del **“*ius utendi, el ius fruendi y el ius abutendi* .”**

La incorporación de la propiedad a la esfera de dominio personal era reglada de manera cuidadosa por el **“*ius civilis*”** o derecho de los ciudadanos romanos, mediante los llamados **“*modos de adquisición del dominio*”**, unos constitutivos independientes u originarios, otros traslaticios o por eslabonamiento, como la sucesión entre vivos o por causa de muerte; así como minuciosamente protegida mediante acciones que impedían el despojo total o parcial, la perturbación u obstaculización del disfrute por parte de otra persona, y que se desplegaban mediante instrumentos idóneos para hacer cesar la perturbación, para prevenirlas e impedir las futuras, así como para otorgar el resarcimiento e indemnización de los daños, la devolución de la cosa despojada mediante el restablecimiento del **“*statuo quo*”** y de la **“*rei vindicatio*.”**

La posesión consistía en la tenencia material de una cosa corporal, su detentación, como lo señala Labeo en relación con la posesión de la tierra, consistía literalmente en sentarse en ella: **“*possessio apellada est a sedibus, quasi positio, quia naturaliter res tenetur ab eo qui ei insistit*.”**<sup>37</sup>, implicaba su disponibilidad física (***corpus***), acompañada de una condición subjetiva, volitiva o anímica (***animus***) de tener la cosa como propia, el **“*ánimo de señor y dueño*”**; así entonces, era una relación fáctica que generaba consecuencias jurídicas constituida por la confluencia de sus dos elementos, como los señaló Paulus: **“*Possidere autem possunt: qua sunt corporalia.(...) Et apiscimur possessionem corpore, et animo, neque per se animo, aut per se corpore.*”**<sup>38</sup>

Esta detentación se distinguía claramente de la propiedad, por cuanto en esta debía confluir la cualificación del sujeto, la del objeto y la situación de sujeción al **“*domino*”**, fue protegida mediante tutelas pretorianas similares a las de dominio, asimilando la condición de poseedor a la de propietario; podía ejercitarse directamente o por interpuesta persona quien realiza los actos materiales mientras que el poseedor preserva el **“*animus*”**.

La ideología jurídica burguesa, parte de considerar la propiedad como inviolable y sagrada, íntimamente ligada con la libertad que debía concretarse en instrumentos normativos prácticos que permitiesen abolir definitivamente los privilegios nobiliarios y eclesiásticos, como la renta de la tierra y los diezmos, señalando que el desdoblamiento de la propiedad, forma jurídica de la propiedad feudal, constituía una perversión de los textos del *Corpus Iuris*, realizada por los juristas medievales que confundieron derecho y forma de acción, *dominium* y *actio*, al intentar insertar las relaciones de jurídicas de su época en las estructuras romanísticas.

## 6.- LA POSESIÓN

Pothier siguiendo el derecho romano reconoció que las cosas corporales eran susceptibles de ser poseídas, mientras que la incorporeales no eran susceptibles de una verdadera posesión, sólo de una cuasiposesión, en una orientación muy criticada por la doctrina francesa, que se normativiza en el código napoleónico de 1804, la cual señala que **“La posesión es la tenencia o goce de una cosa o de un derecho que tenemos o ejercemos para nosotros mismos, o en nombre de otro que tiene la cosa o ejerce el derecho en nuestro nombre.”**<sup>39</sup>

Carl von Savigny apoyándose en las fuentes del derecho romano, pone de presente que es preciso distinguir dos tipos de relaciones materiales con las cosas, una que corresponden al ejercicio del derecho de propiedad, y otra que corresponde a un poder fáctico o de hecho al cual debía unirse una voluntad especial, de poseer en nombre propio o *animus possidendi*, sin reconocer a nadie un derecho superior al suyo, que lo lleve a comportarse como si fuese dueño sin serlo: **“he aquí por qué el ladrón y el bandido pueden tener la posesión de la cosa robada...pero no el arrendatario, quien no posee, pues no considera la cosa como suya.”**<sup>40</sup>

Rudolph von Ihering, abrevando en las mismas fuentes, por su parte, privilegia la relación fáctica, la relación material voluntaria del hombre con la cosa, el poder de hecho o señorío efectivo; el *animus* es simple voluntad abstracta, mientras que el *corpus* es una relación material entre poseedor y cosa, *Corpus* y *animus* se condicionan recíprocamente, surgen y existen de manera simultánea, son como la palabra y el pensamiento, en el *corpus* toma asiento la voluntad, en su decir **“cuando las dos condiciones que, en general, se requieren para la existencia de la posesión, esto es, el corpus y el animus, concurren, se tiene siempre la posesión, a menos**

**que una disposición legal no prescriba excepcionalmente, que solo hay una simple tenencia.**<sup>41</sup>

En el sistema anglosajón, se distinguieron desde el siglo XIII dos clases de propiedad, la *real property* y la *personal property*; la primera permitía al titular reivindicar la cosa cuando era despojado de ella mediante una acción real, la segunda, sólo permitía al titular una acción de indemnización de perjuicios.

La posesión en el derecho moderno, esto es en la formación capitalista, se refiere a ciertas relaciones jurídicas que los hombres establecen en referencia, o con relación con las cosas<sup>42</sup>, expresado en un poder de hecho o potestad efectiva, como dominio de la voluntad; esta relación otorga al titular el poder de defender la cosa frente a otros pretendientes, el de conservarla y el de recuperarla en caso de ser despojado de ella, la protección de la posesión es una consecuencia necesaria de la protección a la propiedad, ya que ella no es más que su primigenia manifestación externa.<sup>43</sup>

### **Capítulo 33: EVOLUCIÓN DE LA PROPIEDAD EN COLOMBIA**

**“La Propiedad ha estado mal constituida entre nosotros; fue constituida por un gobierno despótico, por la inquisición y el fanatismo, y por la aristocracia clerical y de sangre.”<sup>44</sup>**

#### **1.- EL DESPOJO EN LA CONQUISTA**

La descomposición de la propiedad comunal por la invasión y conquista española, marcaría profundamente la estructura de la sociedad americana y la de la propia metrópoli, impactando no sólo las relaciones sociales de producción, sino las condiciones de libertad de los individuos.

En América el despojo de todos los bienes útiles, los elementos mágicos y los tesoros, también la madre tierra, acompañado de la implantación de relaciones semif feudales para los aborígenes conocidas como mita y encomienda, y la esclavitud para los negros importados del África; en España, la embriaguez del oro y la plata que se derrocharon a manos llenas por Europa, en los mercados Ingleses y de los Países Bajos, los que a la postre terminó fortaleciendo a sus rivales, consolidando un modo de producción atrasado y enervando el desarrollo del capitalismo en la península.

En efecto, mientras que los Reyes Católicos asumían la conquista como una labor dual de construcción de su imperio y propagación de la fe católica, sus conquistadores, hombres rapaces y pragmáticos, la ejecutaron como una excursión sangrienta en busca de oro, una operación de enriquecimiento rápido y pillaje que les permitía escapar de la miseria que asolaba el suelo natal, favorecida por las distancias que los separaba del Rey y de las ataduras de la disciplina militar.

El Almirante de las Indias, Cristobal Colón, quien al desembarcar en la madrugada del 12 de octubre de 1492, manifestó ante un puñado de estupefactos aborígenes que tomaba posesión de sus tierras en nombre de sus señores los reyes de Castilla y Aragón, pronto hizo uso de su Carta Patente de Medina del Campo, expedida el 22 de julio de 1497, para repartir tierras a los primeros pobladores peninsulares de la Española.<sup>45</sup>

A los aborígenes les impuso tributo en oro y algodón, que luego mutó en la obligación de labranza a favor de los pobladores castellanos, que se impuso por la fuerza y el sometimiento a esclavitud de los remisos, para proseguir con el reparto de las tierras y de sus habitantes, pero manteniendo la estructura del cacicazgo aborigen a fin de facilitar el recaudo del espolio; a los negros, traficados por los portugueses se les convirtió en objeto de comercio y fuente de mano de obra para la explotaciones agrícolas y mineras.

La llamada Recopilación de Leyes de Indias expedidas por Carlos II en 1680, que en 19 títulos, subdivididos en Leyes, dispuso una prolija reglamentación de la situación de los indios y su regulaciones, expedidas desde los Reyes católicos, que por demás se ***“obedece pero no se cumple.”***<sup>46</sup>

La población indígena en el actual territorio colombiano al momento del descubrimiento podía ascender a diez millones de individuos, al finalizar la colonia sólo restaban cerca de doscientos mil, la supresión de tan vasta población fue producto de la codicia, las enfermedades, las crueldades y la desnutrición.<sup>47</sup>

Una vez asentados en el nuevo mundo, los españoles americanos se segmentaron en dos capas sociales, la de los herederos y sucesores de los encomenderos por una parte, y la de los pequeños propietarios rurales, artesanos y funcionarios locales, por la otra, quienes sometidos al tutelaje de los grandes funcionarios peninsulares, así como al azote de las prácticas del monopolio comercial, los estancos, alcabalas e impuestos, que asolaron la propiedad raíz y fueron abonando el descontente, la hostilidad de los criollos

contra las autoridades virreinales en la revuelta de los Comuneros y posteriormente en la guerra de independencia.

## 2.- LA APROPIACIÓN EN LA REPÚBLICA

Para el insigne apologista de las ideas liberales, ligadas al desarrollo de la pequeña propiedad, el profesor Diego Mendoza Pérez, la organización social colombiana surge con dos desigualdades, la de la riqueza y la de la libertad, que corren de manera paralela y simultánea: **“a medida que la tierra queda sometida al imperio de la apropiación individual y permanente, la libertad va creciendo; casi pudiéramos decir que se corona con las espigas que la tierra produce.”**<sup>48</sup>

Con el nacimiento de la República, los derechos territoriales de la Corona fueron asumidos por la Nación colombiana, se otorgó a los indígenas el derecho de usufructo de los resguardos y por ley 1ª del 12 de octubre de 1821 se suprimió el tributo que pagaban los indígenas a la Corona, y en su lugar quedaban sometidos a la misma tributación de todos los ciudadanos y las mismas leyes; así mismo, se prohibió la imposición de servidumbre gratuita, señalando que todos sus servicios debían ser remunerados mediante salario, y se dispuso que los resguardos se distribuyeran asignando a cada familia de indígenas una porción de tierra proporcional al número de individuos de que se componía la familia.

Sin embargo las leyes de distribución de tierras a los indígenas se tornaron en letra muerta, por cuanto, en algunas ocasiones, de hecho los indígenas ya había perdido la posesión de las tierras de sus resguardos al darlas en arrendamiento, y en otras, ellos mismo se opusieron al reparto por cuanto lo entendían como una forma de desarraigo de sus comunidades ancestrales y de someterlos a los gravámenes que imponía la operación, como claramente lo señala Lino de Pombo: **“ Con frecuencia se han dirigido quejas por los indígenas sobre la operación del repartimiento, en el cual se ha abusado a veces de su sencillez e ignorancia para despojarlos de una parte de sus propiedades en ilegal provecho de los encargados de repartirlas.”**<sup>49</sup>

Estas disposiciones que procuraban la plena individualización de la titularidad del suelo, mediante la eliminación de las restricciones a la enajenación de la propiedad de los indios incorporándolas al libre mercado, fueron complementadas con la enajenación de los ejidos municipales, que eran la propiedad comunitaria que garantizaba los suministros de agua, leña y pastaje

a los habitantes de los poblados, la transferencia a los particulares mediante adjudicación, de los bienes de manos muertas conocida como “**desamortización**”, que se cambiaron por la remisión de títulos de deuda pública, así como con una acelerada adjudicación de baldíos, cuya titularidad se adquiría por el cultivo, cualquiera que fuese su extensión; estas disposiciones constitucionales y legales lo que a la postre generaron fue un fenómeno de concentración de la tierra en manos de grandes terratenientes.

Manuel Murillo Toro en 1851, en la exposición de motivos de un proyecto de ley de reforma agraria, explicó cómo por diversas leyes se había ordenado pagar deudas a los combatientes de las guerras por la liberación nacional con tierras baldías, y que así mismo se dispuso de ellas para pagar apertura de caminos, atraer inmigrantes, desarrollar la navegación, y muchos otros objetivos.

Igualmente señaló que la República tenía 38 mil leguas cuadradas de superficie, o sea 136 millones de fanegadas, de las cuales al momento de la Independencia, la mitad estaba en poder de la Corona española, y cómo a mediados del siglo XIX, sólo quedaban 14 ó 15 mil leguas cuadradas de propiedad de la República, por cuanto lo demás se habían entregado como adjudicación o concesiones de tierras baldías.

El ilustre dirigente del radicalismo liberal, llama la atención sobre que el hecho de que los Estados Unidos, no obstante su inmenso territorio, sólo habían enajenado desde 1767 hasta 1832, 18 millones de hectáreas de tierra, a pesar de la extraordinaria inmigración Europea.

La concentración de la propiedad de la tierra en pocas manos a lo largo del siglo XIX, a través de la adjudicaciones de tierras baldías hasta 1881, fue de tal envergadura, que a los agricultores y a los campesinos, sólo les fueron adjudicadas el 0.46%, correspondientes a 6.066 hectáreas del total de 1.301.122 entregadas.<sup>50</sup>

### **3.- LA PROPIEDAD ESCLAVISTA**

El nuevo mundo fue incorporado por sus conquistadores hispanos al mercado de carne humana, estos, en las Siete Partidas estimaban a los esclavos como cosas, adquiribles en propiedad, trasmisibles por los mismos títulos de los demás bienes, entre ellos la herencia y la accesión, razón por la cual todo hijo de esclava nacía esclavo, sin consideración a la condición de hombre libre del padre.

La propiedad esclavista otorgaba al dueño la potestad plena de disposición a su arbitrio del esclavo, pero les era prohibido matarlos, herirlos o darles trato cruel; por su parte el esclavo debía servir a su dueño, esposa e hijos, defenderles de cualquier daño, obedecerles y procurar el aumento de sus bienes; por tanto, todo lo que ellos adquiriesen era propiedad del amo, y cuando adquirirían compromisos a nombre de este y con su autorización el señor debía cumplirlos.<sup>51</sup>

Los esclavos podían acceder a la condición de libertos por disposición del amo, como reconocimiento a las nodrizas o como recompensa en el descubrimiento de delitos de falsificación de moneda, violencia carnal, deserción militar, homicidios de sus amos, traiciones al Rey, cuando la esclava era prostituida por el esclavista, por matrimonio con persona libre, por ingreso a ordenes sagradas con consentimiento del amo, y por prescripción en el ejercicio de la libertad en la tierra de residencia de su señor, por más de diez años.<sup>52</sup>

La Real Cédula de Aranjuez, del 31 de mayo de 1789, aplicable en España y América, reguló en 12 capítulos precedidos de un preámbulo el ejercicio del derecho y del libre comercio de esclavos, reconocido en la Cédula del 28 de febrero de 1789, impuso la obligación de alimentarlos, vestirlos y educarlos, el régimen de sus oficios, diversiones, habitaciones, enfermerías, asistencia a los viejos, enfermos y niños; la imposición de penas mayores se reservó a la justicia, y se dispuso la forma de quejarse y de averiguar los excesos de los amos y mayordomos, sancionables con multas, así como estableció el derecho del esclavo al cambio de amo previo pago del valor.<sup>53</sup>

Durante los primeros años de la República se daría una enconada lucha entre los libertarios y los esclavistas, en procura de la supresión de la trata infame y la abolición definitiva que se proclamó en la Constitución del Estado Libre e Independiente de El Socorro el... de 1810<sup>54</sup>, como expresión del derecho natural del ser humano, pero ésta se esquilmo en el pantano jurídico de la preponderancia del respeto de los derechos adquiridos y del principio de irretroactividad de las leyes.

Mediante Decreto del 11 de enero de 1820, el Congreso de Angostura al reconocer que ningún hombre puede ser propiedad de otro, dispuso que: **“la esclavitud queda abolida de derecho, y se verificará de hecho su total extinción dentro del término preciso, y por los medios prudentes, justos y filantrópicos que el Congreso general tuviese a bien fijar en su próxima reunión.”**<sup>55</sup>

Consolidada la independencia, el Congreso Constituyente de 1821, por ley del 21 de julio, optó por la vía de la gradualidad, al considerar que ni la naciente sociedad ni los esclavos estaban preparados para la abolición definitiva; así sólo determinó la libertad de partos, a cuyo efecto, declaró libres a los hijos de las esclavas nacidos después de la vigencia de la ley, prohibió la importación y el tráfico de esclavos, excepto uno para el servicio doméstico por persona, y estableció el fondo de la manumisión con dineros provenientes de un gravamen a las herencias.<sup>56</sup>

La abolición entonces, pasó de ser un tema de principios, el de la libertad humana, a ser el objeto de una limitación del derecho de la propiedad, que no podía ser desconocida sin previa indemnización de los propietarios; la paulatina extinción de la esclavitud, abriría el camino a la constitución una servidumbre que se iniciaría con los libertos, que a cambio de su manutención hasta los diez y ocho años, debían servir a los amos de su madre.

También los esclavistas obtuvieron leyes en favor de sus propiedades e intereses, como la ley de 22 de junio de 1843, **“sobre medidas represivas a los movimientos sediciosos de los esclavos”**<sup>57</sup>, que castiga a quien instigue, provoque o ayude a la fuga de esclavos, sancionándole como cómplice del delito de hurto, en la cuantía equivalente al valor del esclavo; se determinó que eran encubridores a quienes asilare o protegieren a los esclavos prófugos, y como sediciosos a los que incitaren a la desobediencia a los esclavos; al esclavo que denunciara la comisión de estos delitos se le premiaba con la libertad, previa indemnización al amo de su valor, pagada con los fondos de manumisión..

Igualmente mediante el artículo 4º de ésta ley, se dispuso permitir la venta de los esclavos hacia fuera de la Nueva Granada, con única condición de no dividir los matrimonios esclavos, y de que los hijos nacidos libres no se extrajese del país sin la voluntad de sus padres y sin que en documento constara su condición de libres, con lo cual los esclavistas mediante la exportación de los esclavos pretendieron rescatar el valor de sus posesiones.

Mediante la ley del 28 de abril de 1847, se prohibió nuevamente la importación y exportación de esclavos, con lo cual se ponía coto a la pretensión de los esclavistas de perpetuar su actividad, a cuyo efecto se determinó que serían libres los esclavos que se introdujesen al territorio, aún cuando fuese para el servicio doméstico, otorgando un lapso de un año para extraer a los que su hubiesen introducido para tal efecto. La exportación fue sancionada con restitución de los extraídos a la condición de libertad, o a la multa de cuatromil

reales por cada esclavo con destino al fondo de manumisión, cuando la restitución no fuere posible.

El 21 de mayo de 1951 el Congreso expidió la ley sobre libertad de los esclavos, que suprimió definitivamente la esclavitud en el territorio de la República, otorgando la libertad a todos los que existiesen en ella, con los mismos derechos y obligaciones de todos los granadinos. Se calcula que entre diez mil y once mil esclavos fueron beneficiarios de esta redención.

Reconoció la ley a los esclavistas el valor de los esclavos liberados, incluso de los prófugos, esto es que la ley fue una expropiación pero sin previa indemnización, que hizo prevalecer la libertad sobre la propiedad, pagando, hasta mil seiscientos reales por varones menores de cuarenta y cinco años y mil doscientos por las hembras menores de esa edad; por los varones mayores de cuarenta y cinco años se reconocieron hasta mil doscientos reales y por las hembras hasta ochocientos, los mayores de sesenta años se exceptuaron de avalúo; las indemnizaciones fueron pagadas con cargo al fondo de manumisión que se fortaleció incrementando sus rentas, en especial las originadas en sueldos y pensiones, de tal forma que la sociedad en general contribuyó al acto libertario, mientras que los esclavistas exacionaron hasta el último centavo de sus miserables intereses pecuniarios.

#### 4.- LA DESAMORTIZACIÓN

Como una limitación al derecho de propiedad se erige la institución de la expropiación o de la venta forzada, bien sea por motivos de necesidad o de utilidad pública, como un reconocimiento de la primacía del interés colectivo sobre el individual; como una expresión de dicha potestad del Estado, la República adelantará un proceso de transferencia a los particulares mediante adjudicación, de los llamados “bienes de manos muertas” conocido como “**desamortización**”, que irrumpió con la condición de gran terrateniente de la Iglesia católica.

Una de las primeras medidas del Libertador victorioso contra los realistas, fue ordenar la confiscación de todos sus bienes mediante el Decreto del 17 de agosto de 1819; se exceptuaron de la medida la dotes debidamente probadas mediante documentos fehacientes, las deudas sobre los bienes secuestrados y cuando hubiere herederos forzosos, descendientes o ascendientes, en cuyo caso debían pagar una pena del tercio o del quinto a la Hacienda Pública; posteriormente, mediante el Decreto del 9 de septiembre de 1819, se permitió

el rescate de los bienes a sus dueños, mediante el pago de su valor por parte de los propietarios.

Los dineros producidos por las confiscaciones se destinó al pago de las recompensas a los Libertadores, en especial a los inválidos; sin embargo, las propiedades fueron adjudicadas más en proporción al valimiento de que gozaban los guerreros victoriosos que al merecimiento por los servicios prestados, como lo señala el edecán de Bolívar, **“el producto de las confiscaciones fue vergonzosamente disipado sin atender el objeto sagrado a que se destinaba.”**

En las distintas constituciones de la república, se ha establecido junto con la garantía a la propiedad privada la posibilidad de expropiarla por motivos de necesidad o de utilidad pública, pero bajo la condición de una justa indemnización, que en caso de guerra podía ser posterior al hecho; en algunas de ellas se previó la posibilidad de confiscarla o extinción de dominio por pena, conforme a la ley.<sup>58</sup>

Durante las guerras civiles que asolaron la nación en la segunda mitad del siglo XIX, el instrumento de la expropiación se utilizó unas veces con fines políticos y otras con fines bélicos; Tomás Cipriano de Mosquera, caudillo veleidoso, que unas veces se ponía al mando de tropas conservadoras, y en otras, fungía como insurrecto liberal, dispuso, en calidad Presidente Provisional de los Estados Unidos de Nueva Granada, mediante decreto del 9 de septiembre de 1861, adjudicar en propiedad a la Nación, a cambio de la renta producida, calculada en el seis por ciento anual todas las propiedades rústicas y urbanas, derechos, acciones, capitales de censos, usufructos, servidumbres u otros bienes pertenecientes a corporaciones civiles o eclesiásticas y establecimientos de educación, beneficencia o caridad.

Como justificante Mosquera adujo la obstaculización a la prosperidad nacional que la propiedad en manos de las comunidades generaba, los abusos de éstas y su ingerencia en los asuntos de las autoridades civiles, la necesidad de garantizar los bienes destinados a la beneficencia y los derechos de la Nación a suceder en la posesión de los bienes a las corporaciones extintas, y la necesidad entregar la tierra a quienes a trabajan, otorgando a los clérigos, dedicados a la ciencia y al culto las rentas de las mismas; la medida fue ratificada por la Ley 39 de 1861 que dispuso enajenar en pública subasta todas las propiedades expropiadas; el general dijo **“La propiedad está mal constituida entre nosotros...(…) no es la que corresponde a un pueblo libre (...) coloquemos la propiedad en consonancia con la democracia; demos, pues, la tierra a los que la trabajan y la hacen producir...”**<sup>59</sup>

La desamortización pretendió incorporar a la circulación mercantil los bienes en manos de comunidades religiosas, amortizar la deuda nacional, permitiendo la redención de los bonos del tesoro como pago de los bienes enajenados y propiciar una equitativa distribución de la propiedad raíz; sin embargo, la aplicación de las medidas, que vulneraron los derechos de asociación religiosa y de propiedad, sólo favorecieron a especuladores y avivatos, la mayor parte de las tierras, los edificios, casas y construcciones para conventos, pasaron a grupos poderosos económica y políticamente de Bogotá, que se hicieron adjudicar esos bienes a bajos precios, pagados con papeles de deuda pública que no tenían mayor valor comercial; así se fortalecieron el poder y la concentración de tierras en manos de grandes hacendados, a tal punto que la Ley 123 de 1887, dispuso una contribución especial a los poseedores de bienes desamortizados, consistente en el cinco por ciento del importe de los remates o del primitivo avalúo, con la denominación de “**derecho complementario de título.**”<sup>60</sup>

La Constitución de 1886 bajo la inspiración de Rafael Nuñez, quiso apuntalar el derecho de propiedad privada como el pilar sobre el cual refundar la nacionalidad que se quería regenerar, dirigida ahora por el poder aunado de los grandes terratenientes de los dos partidos históricos que se unieron para erigir al omnímodo regenerador; la propiedad, hecho social y económico esencial para la vida, así como para el ejercicio de la libertad política y la independencia personal, fue consagrada como la confluencia del *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi*, no sólo para efectos del derecho público, sino para el derecho privado.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, progresivamente fue entendiendo que la propiedad era un instrumento para facilitar el desarrollo social, proscribiendo el uso abusivo del derecho y subordinando su ejercicio al interés público o social.<sup>61</sup>

## 5.- EL DOMINIO DEL TERRATENIENTE

Colombia durante el siglo XX continuó rindiendo su continuado tributo de sangre a la concentración de la propiedad rural, arrastrando una secuela de intransigencia e intolerancia política, de expoliación económica al campesinado, de opresión personal mediante el reclutamiento forzado por los bandos contendientes de una pertinaz guerra irregular, generando la expulsión de la población rural hacia los cordones de miseria urbanos para servir de fuerza de trabajo barata en las redes de la economía subterránea e

informal, mientras la propiedad mueble e inmueble proseguía en su proceso de concentración.

En efecto, el Código de Bello adoptado como el civil de la nación el 15 de abril de 1887<sup>62</sup>, para efectos del ejercicio del derecho de propiedad suprimió la distinción doctrinal entre titularidad y posesión, para vincular la titularidad de los bienes inmuebles al registro de propietarios que deberían llevar las autoridades públicas, en el cual debían anotarse las mutaciones de la propiedad, conocidas bajo la denominación técnica de **tradición**; así mismo, la posesión de los inmuebles se confundió con la titularidad, a tal punto que fue concebida como una **“posesión inscrita”**<sup>63</sup> en contraposición a la **“posesión material”**, a la cual se le despojó de toda eficacia, por cuanto **“mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere la posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente.”**<sup>64</sup>

Una aguda controversia se desató en los estrados judiciales entre los terratenientes, defensores a ultranza de **la “posesión inscrita”** que les permitía invocar la prevalencia de los títulos ancestrales devenidos de la corona española y los campesinos que pretendían hacer respetar su posesión fáctica o material; la disputa debió ser zanjada por el gobierno liberal de Alfonso López Pumarejo, autodenominado de la **“revolución en marcha”**, que en desarrollo de la función social de la propiedad que implica obligaciones, introducida en la reforma a la Constitución en 1936, mediante el artículo 1º de la ley 200 de 1936, que definió la posesión sobre bienes inmuebles rurales como **“la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño”** y en el 7º que dispuso que la propiedad privada de los inmuebles se probaba por **“las tradiciones del dominio, por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria”**<sup>65</sup>, con lo cual la posesión del poseedor material podía desvirtuar y destruir el título del poseedor inscrito.

Los poderosos terratenientes se agruparon en la llamada ASOCIACIÓN PATRIÓTICA ECONÓMICA NACIONAL (APEN), para combatir las doctrinas que en su decir implicaban la desaparición de la propiedad privada y un atentado al capital, logrando que en el segundo mandato de López Pumarejo, se aceptara como ejercicio válido de la posesión la actividad económica realizada por interpuesta persona, es decir a través de las mesnadas de aparceros, mediasqueros y poramberos, que mediante relaciones de carácter semifeudal, mantenían adscritos a sus dominios territoriales, y que ahora eufemísticamente la ley denomina como **“sistemas que entrañen alguna especie de sociedad o de coparticipación en los productos...”**<sup>66</sup>

Para la década de los cincuentas, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se había decantado a favor del poder terrateniente, menguando el alcance de las disposiciones de la ley de tierras del gobierno liberal, ahora ella, conformada por juristas de filiación conservadora, sostenía que la ley resolvía a favor de los propietarios disputas con el Estado por la propiedad de los territorios baldíos:

La confrontación pronto se trasladó de los tribunales a los campos y el espectro de la violencia agraria, encubierta por las banderías partidistas, se cobró más de trescientas mil vidas antes que las cúpulas dirigentes, tras de diez años de lucha decidieran pactar alternarse en el ejercicio del gobierno durante cuatro cuatrienios, llamados del **Frente Nacional**, que se saldaron con la inversión de la radicación de la población, ahora en un sesenta por ciento urbana, y cuarenta por ciento rural.

Para solucionar los litigios de tierras resultantes del despojo violento de uno y otro bando, se expidió la ley 201 de 1959, que determinó como presuntamente viciadas de nulidad por fuerza, la enajenaciones producidas en las zonas de alteración del orden público, que se hubieren realizado con aprovechamiento de las condiciones de anormalidad o en condiciones tan desfavorables que hicieren **“presumir que en condiciones de libertad jurídica no se hubiere celebrado.”**<sup>67</sup>

Como respuesta profiláctica al surgimiento de movimientos armados campesinos, inspirados en el triunfo de la revolución cubana en 1959, mediante la ley 135 de 1968, se dispuso una reforma social agraria, sin embargo en su ejecutoria terminó enredada en los hilos de la burocracia y la corrupción, ya que los terratenientes decidieron beneficiarse mediante los procedimientos de **“incorporación”**<sup>68</sup> enajenando de forma ventajosa al Estado las tierras de peores condiciones agrícolas.

Los intentos de reformas agrarias liberales con las leyes 200 de 1936 y 135 de 1961, así como el surgimiento del movimiento de usuarios campesinos durante el gobierno de Carlos Lleras Restrepo (1966 – 1970), aglutinados en torno de la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC), no pudo contener el proceso de concentración de la tierra.

Pese a la reconciliación entre los detentadores del poder, la confrontación agraria derivó primero en movimiento agrario, mediante la invasión de tierras, y posteriormente al enfrentar la represión estatal en movimiento insurgente armado, que interpeló los cimientos de la propiedad y del Estado mediante la extorsión y el secuestro.

Pronto la reacción de los propietarios rurales no se hizo esperar, fueron creados las cooperativas de seguridad privada "**Convivir**" que bajo los auspicios del ejército colombiano y de los ganaderos de la FEDERACIÓN DE GANADEROS DE COLOMBIA (FEDEGAN) derivaron en los llamados grupos armados ilegales de autodefensas (**AUC**); estos agentes armados por medio del terror sirvieron de instrumento de contención de la insurgencia, aplastamiento de su red de colaboradores y simpatizantes, expulsores de más de un millón de campesinos y eficaces ejecutores de una contra reforma agraria que les ha permitido monopolizar cuatro millones de hectáreas, y ahora fungen como grandes barones electorales y de apoyo al gobierno.

En un reconocimiento tácito a los servicios del paramilitarismo en la protección de las propiedades rurales, el Estado expide la Ley 791 de 2002, por medio de la cual se acelera el proceso de legitimación de las tierras usurpadas a los campesinos.

En relación con los resguardos indígenas, en la última década del siglo XX, la lucha por la tierras se ha desplegado con las empresas petroleras, como la sostenida por la Occidental de Colombia, en torno a la perforación exploratoria en el llamado "**bloque Samoré**" en contra de los indígenas U'wa, donde colisionan las concepciones ancestrales de los aborígenes con la visión mercantil de los empresarios del hidrocarburo y de las autoridades., como lo señalan los indígenas: "**Sabemos que el riowa le ha puesto precio a todo lo vivo y hasta a la misma piedra, comercia con su propia sangre y quiere que nosotros hagamos lo mismo en nuestro territorio sagrado con el ruiria, la sangre de la tierra a la que ellos llaman petróleo.**"<sup>69</sup>

Basta examinar la información estadística estatal para contrastar la concentración de la riqueza tanto mueble como inmueble, frente a la extensión de la pobreza para entender que los postulados de la Constitución Política de Colombia de 1991, sobre el estado social de derecho, se han quedado en mero enunciado retórico.

## Capítulo 34: JURISPRUDENCIA SOBRE LA PROPIEDAD

“-El último aspecto en que se puede dañar a un hombre es en su propiedad.”<sup>70</sup>

### 1.- LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

La Constitución Política de 1991, estableció la garantía de la propiedad privada en el artículo 58<sup>71</sup>, preservando los derechos adquiridos legalmente, de todo desconocimiento o vulneración por leyes posteriores; igualmente determinó su función social atribuyéndole obligaciones, y la carga de ceder ante el interés público o social, cuando el interés privado colisiona con ellos, así como también la preservación ecológica

Al analizar el derecho de dominio en la nueva Carta, la Corte Constitucional ha resaltado la ampliación del concepto de propiedad de las obligaciones económicas que asume el Estado en su estructuración como estado social de derecho.<sup>72</sup>

El respeto a los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles, determina la intangibilidad de los derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas y por tanto deben gozar del sistema de acciones y excepciones con los cuales se tutela la propiedad, sus desmembraciones y los derechos personales en el sistema jurídico que regula las relaciones civiles que por tanto no pueden ser alterados por leyes posteriores expedidas con carácter retroactivo, como lo señala la Corte: “ **Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona.**”<sup>73</sup>

La función social que se predica de la propiedad, implica que ella se estatuye no sólo para el goce individual, sino para el desarrollo social, para el beneficio y la utilidad común, en especial la preservación y el manejo del medio ambiente, “**la propiedad, en ningún momento debe cumplir fines ególatras o exclusivistas para quien la posee, sino que está encaminada a satisfacer necesidades de interés común o utilidad social.**”<sup>74</sup>

La Corte ha reconocido el carácter de Derecho Fundamental al derecho a la propiedad privada, que es una base fundamental del sistema jurídico, económico y social establecido en la Carta Política, en concordancia con el

bloque de constitucionalidad que integra la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969, recepcionada por Ley 16 de 1972, en su artículo 21, que estipula la obligación de tutelar los bienes de las personas.<sup>75</sup>

La Corte, citando a Madison se refiere a la Propiedad, como la “ **la manzana de la discordia de la sociedad**”, y señala que ella tiene el carácter jurídico de Derecho Fundamental, que no sólo determinante en la interpretación del derecho, sino que establece la diferencia entre una sociedad y otra, o entre los distintos sistemas jurídicos, que por tanto, no es una institución puramente económica.

Para hacerlo deben tenerse en cuenta los principios y valores y derechos constitucionales como el derecho a la vida, a la dignidad, a la igualdad; en el evento que la vulneración al derecho a la propiedad conlleve a la vulneración de éstos, ella adquiere naturaleza de Derecho Fundamental, y en consecuencia procede su amparo mediante acción de tutela.; en su decir, “ **La propiedad debe ser considerada como un Derecho Fundamental, siempre que ella se encuentre vinculada de tal manera al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia, que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna.**”<sup>76</sup>

Así mismo, la Corte constitucional ha señalado que la posesión goza también de la naturaleza jurídica de Derecho Fundamental, entendiendo ésta institución como “**la subordinación de hecho exclusiva total o parcial de los bienes al hombre**”, amparada por el ordenamiento jurídico, que el artículo 762 del Código Civil Colombiano, reputa al poseedor como dueño mientras otra persona no justifique serlo, lo cual permite concebir la posesión como una exteriorización de la propiedad, que debe ser tutelada y protegida.<sup>77</sup>

## **2.- LIMITACIONES AL IUS ABUTENDI**

A partir del inciso cuarto<sup>78</sup>, del referido artículo 58, se establecieron las restricciones de la garantía general, así como la expropiación con previa indemnización por motivos de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia judicial; así como la expropiación por vía administrativa, en los casos determinados por el legislador.

Dice el Juez constitucional que la propiedad legítimamente constituida tiene todas las prerrogativas legales y está protegida por la Constitución, pero tiene límites, debe ceder a favor del interés de la colectividad, ya que es una función

social que implica obligaciones. Una obligación de la propiedad es que ella debe destinarse a la producción, bien sea en forma individual o colectiva, pero respetando la función ecológica de preservación del medio ambiente que en últimas es una protección a la vida.<sup>79</sup>

2.1 En la Carta del 91, se introdujo la modalidad de expropiación por vía administrativa, sujeta a posterior control jurisdiccional, inclusive para la determinación del precio de la indemnización, a efecto de aligerar el procedimiento que se había tornado engorroso, y cuya demora lesionaba no sólo el patrimonio público, sino el interés social, en especial cuando se trata de la construcción de las obras públicas, o de aligerar la realización de programas de reformas agrarias o urbanas.

Conforme lo ha dilucidado la Corte Constitucional, la expropiación por la vía administrativa, que es un procedimiento más rápido y ágil, bajo control judicial, que debe ser considerado como un desarrollo práctico de la función social de la propiedad.<sup>80</sup>

2.2. En el artículo 59<sup>81</sup>, la Constitución determinó la forma ejecutiva de expropiación en caso de guerra, la ocupación de la propiedad inmueble para atender las necesidades de la guerra o para destinar a ella sus productos. Así mismo se dispuso la responsabilidad del Estado por las expropiaciones que el gobierno realice por sí o por medio de sus agentes.

Respecto a la ocupación de bienes de particulares por la fuerzas militares en tiempos de paz, la Corte en sentencia determinó que las autoridades militares no podía ocupar inmuebles en tiempos de paz, ello no era posible, que por tanto los ocupantes debían retirarse inmediatamente y retirar su armamento al estimar que las autoridades habían incurrido en vía de hecho violatoria de los derechos fundamentales a la vida, la propiedad, al debido proceso administrativo, a la intimidad familiar, que las autoridades militares se hallan en obligación de respetar, por ser autoridades del orden administrativo.

Igualmente se precisó que en caso de grave conflicto interno, por ser este asimilable a situación de guerra, **“la fuerza pública puede ocupar temporalmente la propiedad inmueble, pero tal ocupación será por el tiempo razonable que exija la misma situación de conflicto”**<sup>82</sup>

2.3 En relación con la extinción del derecho de dominio por lavado de activos, en relación con las disposiciones de las Leyes 333 de 1996, y 365 de 1997, la Corte Constitucional señaló que esta es una institución autónoma de estirpe

constitucional, de carácter patrimonial, mediante la cual en un juicio independiente del proceso penal, y previa la aplicación de las garantías procesales, se desvirtúa mediante sentencia judicial, la presunción de que los bienes adquiridos por quien aparece como propietario, lo sea en realidad, por el origen de su adquisición, ilegítimo y espurio, y **“en cuanto contrario al orden jurídico, o a la moral colectiva, excluye a la propiedad impugnada de la protección otorgada por el artículo 58 de la Carta Política. En consecuencia, los bienes objeto de la decisión judicial correspondiente pasan al poder del Estado sin lugar a compensación, retribución ni indemnización”**.<sup>83</sup>

### 3.- LOS BIENES DE LA NACIÓN

3.1 En el artículo 63 de la Carta se estableció el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables de **“los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales e grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley.”**<sup>84</sup>

La Corte ha precisado que en Colombia, los bienes pueden ser de dominio privado o individual; de propiedad colectiva con limitaciones a su enajenación; o de dominio público como los bienes fiscales, tanto los patrimoniales como los fiscales adjudicables, y los bienes de uso público o común de los habitantes.<sup>85</sup>

3.2. El artículo 75 de la Constitución <sup>86</sup>, determinó como propiedad de la Nación el espectro electromagnético y le dio el carácter de inenajenable e imprescriptible, le vinculó al control y la gestión del Estado, con el encargo de garantizar la igualdad de oportunidades en su acceso, así como de evitar su uso monopólico.

La Corte Constitucional ha destacado el carácter de bien público inenajenable e imprescriptible del espectro electromagnético y de la potestad del Estado para gestionarlo y controlarlo.<sup>87</sup>

Los servicios de telecomunicaciones pueden ser prestados por el Estado, directamente o por medio de particulares a quienes se les otorgue la respectiva **“concesión”** o derecho de uso, de conformidad con la reglamentación legal, considerándose por tanto como **“clandestino”** todo uso subrepticio, oculto, doloso, fraudulento o realizado para eludir la ley.<sup>88</sup>

#### 4.- DEMOCRATIZACIÓN DE LA PROPIEDAD

4.1 La Constitución Política de 1991 en el artículo 60<sup>89</sup> estableció bajo el acápite de la DEMOCRATIZACIÓN DE LA PROPIEDAD, que el estado promoverá, de acuerdo con la Ley, el acceso a la propiedad.

No obstante la amplitud del criterio trazado en el primer párrafo de la norma constitucional, en el inciso segundo<sup>90</sup> de la disposición la misma Carta Política se encarga de precisar sus alcances para señalar que la democratización no se refiere a todo tipo de propiedad, sino simplemente se trata de la propiedad accionaria del Estado, y que no se pretende transferir la titularidad de dicha propiedad a todos los individuos componentes de la sociedad, a los ciudadanos o a órganos representativos de la sociedad, sino de ofrecer una opción preferencial para adquirir las acciones del Estado, dentro de los procesos de privatización que adelantarán dentro del modelo del liberalismo económico .

Como lo ha enseñado la Corte, la Constitución no entroniza la socialización de la propiedad, simplemente promueve, protege y estimula las formas asociativas y solidarias de propiedad, las cuales concurren y contribuyen, junto con las empresas creadas al amparo de la libertad económica y de la iniciativa privada, al desarrollo económico del país, según su decir, **“la noción de democratizar la propiedad es unívoca, pero los medios para desarrollarla pueden ser variados.”**<sup>91</sup>

En el heterogéneo piélago de ilusiones que concurrieron a la redacción de la Constitución del 1991, navegaron las concepciones demoliberales junto con los intereses pragmáticos de los privatizadores, lo cual explica la razón de las contradicciones permanentes entre los enunciados generales y los desarrollos particulares de las disposiciones contenidas en la carta fundamental .

Para zanjar las profundas divergencias conceptuales, los constituyentes decidieron allanarse al arbitrio de los flujos electorales, para que el poder legislativo orientase en definitiva la prevalencia de una u otra posición, en una referencia implícita a la mano invisible, que según Adam Smith guía la economía, para procurar la acción del sistema de libre competencia en el mercado, cuando se trate de enajenar la propiedad Estatal y otorgar una posición privilegiada a las organizaciones solidarias, con interés social y sin ánimo de lucro.

La democratización, por tanto, se limita simplemente a generar opciones preferenciales a ciertos agentes económicos como lo son los trabajadores, sus sindicatos y las llamadas organizaciones solidarias a fin de vincularlos a la estructura capitalista de la propiedad, introduciendo mecanismos de financiación que procuren la adquisición de las acciones que primeramente estaban en poder del Estado por parte de estos, con garantía de la libre concurrencia en la compra de los excedentes por parte de los agentes económicos signados por el ánimo de lucro, en procura de evitar concentraciones oligopólicas.

La Ley 226 de 1995 al desarrollar el artículo 60 de la constitución al señalar su ámbito de aplicación, determinó que éste se concreta en la enajenación de la propiedad accionaria del Estado y a la participación del Estado en el capital social de cualquier empresa, incluyendo dentro de los activos enajenables a los cuales se aplican los criterios y procesos de democratización, los bonos obligatoriamente convertibles en acciones.

## 5.- LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El artículo 61 de la Constitución dispone que **“El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”**<sup>92</sup>, como reconocimiento a la capacidad creativa del ser humano y protección de los derechos de los autores, a efecto que puedan hacer explotación de los productos de su ingenio, así como también señaló la potestad de la Ley para establecer la regulación del régimen de propiedad industrial, patentes y marcas.

Para la Corte Constitucional la propiedad intelectual es una modalidad sui generis del derecho de propiedad, que tiene semejanzas y diferencias; en común tienen el derecho de *usus, fruendi y abutendi* ejercitables con idénticas limitaciones constitucionales y legales, pero la propiedad intelectual que se ejercita sobre cosas incorpóreas es inalienable, irrenunciable, imprescriptible y de carácter limitado en el tiempo.<sup>93</sup>

Existen también ciertos **“derecho conexos”** con la propiedad intelectual, como son los de los ejecutantes o intérpretes, los de los productores, y los divulgadores, esto es de las personas que participan en la difusión de la obra más no en su creación, y que tiene como fuente el **“toque personal y creativo”** que el artista incorpora a la obra ya creada.<sup>94</sup>

Ha señalado la Corte que en materia de propiedad intelectual el bloque de constitucionalidad se integra con las disposiciones del Convenio de Ginebra, para protección de fonogramas, incorporado por la Ley 23 de 1992; el Tratado de Ginebra sobre registro de audiovisuales, recepcionado mediante la Ley 26 de 1992; el Convenio de Berna, para la protección de las obras literarias y artísticas, incorporado por Decreto 1042 de 1994; la normativa del Pacto Andino, la decisión 344 de 1992, sobre propiedad industrial y la Decisión 351 de 1993, sobre derechos de autor.<sup>95</sup>

El derecho de propiedad intelectual, según la Corte, se reconoce en cabeza de quien es creador de una obra (literaria, artística, científica, musical, teatral, o audiovisual), si bien se refiere de manera especial a las expectativas de explotación económica que de él surgen, no se reduce a ellas, que apenas constituyen una de las dimensiones del “**derecho de autor**”; la otra, es la referida a los derechos morales o personales, que son inalienables, imprescriptibles e irrenunciables y en principio de duración ilimitada.

Para la Corte Constitucional, los derechos morales de autor tienen el carácter de Fundamentales, “ **El estado debe garantizar al autor el derecho a divulgar su obra, o a mantenerla en su esfera de intimidad, a reivindicar su paternidad intelectual sobre la misma, a exigir respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido.**”<sup>96</sup>

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1 ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre el origen de las desigualdades entre los hombres; editorial Aguilar, Buenos Aires, 2003, página 24.

2 ARISTÓTELES. La Política, editorial Espasa-Calpe. Argentina S.A., Buenos Aires, 1958, páginas 9 y 11.

3 LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el gobierno civil, editorial Tecnos, Madrid, 2002, página 36

4 MESLIER, Jean. (1664-1729), clérigo francés influenciado por el cartesianismo, las ideas de Locke, y el materialista romano Tito Lucrecio Caro, fue un precursor del socialismo utópico, cura de la aldea de Entrepigny (Champaña) desde 1689, se erige como abanderado del campesinado contra la explotación del señor De Tuly, fue objeto de la condena del arzobispo de Reims por sus predicaciones contra los señores feudales.

5 MESLIER, Jean. Testamento, editorial Progreso, Moscú, 1954, página 71.

6 Jean Jaques Rousseau, nació en Ginebra (Suiza) en 1712 y murió en 1778, trabajó en París en la redacción de la Enciclopedia, dirigida por Diderot.

7 Constitución Francesa del 5 de fructidor del año III (22 de agosto de 1795), artículo tercero.

8 KANT, Immanuel. Metafísica de las costumbres; editorial Tecnos, Madrid, 3ª ed. 1999, SS 238, página 49.

9 PÉREZ ROYO, Javier. Curso de derecho constitucional, editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, página 293.

10 Constitución Política de Colombia de 1991, Preámbulo: “ **El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, (...) y con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad, la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo...(...) decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia...**”

11 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992 , Magistrados ponentes José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

12 BOBBIO, Norberto. Igualdad y libertad, editorial Paidós, Barcelona, página 54.

13 PÉREZ ROYO, Javier. Op. Cit., página 311.

14 GUASTINI, Ricardo. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho; editorial Gedisa, Barcelona, 1999, páginas 193 y ss.

15 RAWLS, John. Op. Cit., página 458.

16 Constitución de los Estados Unidos de América; Décima cuarta enmienda, sección 1: “**Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a la jurisdicción de éstos son ciudadanos de los Estados Unidos y del estado en el cual reside. Ningún Estado podrá hacer o poner en vigor ley alguna que menoscabe las prerrogativas o inmunidades de los ciudadanos de los estados Unidos; ningún Estado podrá tampoco privar de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido procedimiento jurídico; ni podrá negarle a ninguna persona que se encuentre dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes.**”

17 Constitución política de Colombia de 1991, artículo 13: “ **Todas las personas nacen libre e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.**

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

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

18 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de sala plena C-022 del 23 de febrero de 1996, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

19 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-022, del 23 de enero de 1996, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

20 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias de sala plena C-093 del 31 de enero de 2001, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero y la C-673 del 28 de junio de 2001, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

21 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de sala plena C-673 del 28 de junio de 2001, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

22 *Ibidem*.

23 Ley 996 de 2005.

24 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005, Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

25 *Ibidem*.

26 PROUDHON , Pierre-Joseph. ¿ Qué es la propiedad?, Tusquets editor, Barcelona, 1975, página 32.

27 Código de Hammurabi, en Códigos legales de tradición babilónica, editorial Trotta, Barcelona, 1999, página 103. El código data del año 1752 antes de la era cristiana, su texto oficial se encuentra en la estela.

del museo del palacio del Louvre, inscrito sobre un monolito oviforme de diorita negra en escritura cuneiforme, con cuatro mil quinientas líneas de texto, se compone de un Prólogo lírico épico, del texto normativo o Leyes y de un Epílogo que contiene maldiciones contra los transgresores.

28 ARISTÓTELES. La política, editorial Aguilar, Madrid, 2000, página 43.

29 ROUSSEAU, Jean Jacques. El origen de la desigualdad de los hombres, Aguilar, Madrid, 2002, página 60.

30 HEGEL, Guillermo Federico. Principios de la filosofía del Derecho, edhasa, Barcelona, 1999, página 134, ss 49.

31 PROUDHON, Pierre Joseph. ¿Qué es la propiedad?, Tusquets editor, Barcelona, 1975, página 67.

32 Ibidem, página 102, 219 y 233.

33 MARX, Carlos. Miseria de la filosofía, ediciones Suramérica, Bogotá, 1963, página 149.

34 MARX, Carlos. Manuscritos: economía y filosofía, Alianza editorial, Madrid, 1969, página 118.

35 Ibidem, página 649.

36 "Usque ad coelum usque ad inferos; plena in re potestas".....Aforismo....

37 JUSTINIANO, Digesto 41,2, ; Jaime Molinas, editor, Barcelona, 1889. **"Posesión viene de sede, como quien dice posición, porque quien tiene la cosa naturalmente se instala en ella."**

38 Ibidem, D 41,2,3,1: **"Pueden poseerse las cosas corporales. (...) Podemos adquirir la posesión con el cuerpo y el ánimo y no sólo con el ánimo, como tampoco con el sólo cuerpo."**

39 Code Civil de 1804, artículo 2228.

40 SAVIGNY, Carl von. Tratado de la posesión en el derecho romano, Bruselas, 1879, ss 9, página 35.

41 IHERING, Rudolph von. La voluntad en la posesión, Poesada, Madrid, 1896, página 24

42 WINDSCHEID, Bernhard. O. Cit., numeral 38: **"Todos los derechos se establecen entre personas y no entre cosas."**; y PLANIOL : **"Una relación jurídica no puede existir entre una persona y una cosa, porque dar al hombre un derecho sobre la cosa, equivaldría a imponer una obligación a la cosa en relación con el hombre, lo cual es absurdo."**

43 Vid. VALENCIA ZEA, Arturo. Op. Cit. Páginas 150 y ss. Existen diferentes formas de posesión, como lo son: la posesión en nombre propio, o posesión de propietario y la posesión en nombre ajeno, como acontece con las desmembraciones de la propiedad, o en las derivaciones de ella que se asimilan a la mera tenencia que reconoce posesión superior; la posesión inmediata que implica ejercicio actual del poder de hecho y la mediata que implica su ejercicio mediante la intervención de otro.

44 MOSQUERA, Tomás Cipriano. Circular sobre la Desamortización de bienes de manos muertas., del 9 de septiembre de 1861, citado por MEDOZA PÉREZ, Diego, en Evolución de la propiedad en Colombia, UEC, Bogotá, 1983, página 61.

45 WASHINGTON, Irwin. Vida y viajes de Cristóbal Colón, ..... Capítulo VIII, página 6.

46 Vid. OTS CAPDEQUI, José María. El Derecho español en las Indias. Las Cédulas reales se recibían con solemne Te Deum, se ponían sobre la cabeza y se declaraba su obediencia, pero su inaplicación.

47 VÉLEZ, Fernando. Datos para la historia del derecho nacional; , Restrepo-Cock, Medellín, 1891, página 38..

48 MENDOZA PÉREZ, Diego. Evolución de la propiedad en Colombia, UEC, 1983, página 25.

49 DE POMBO, Lino. Carta de Secretario del presidente Santander al Congreso Constitucional de la Nueva Granada de 1835. Citado por MENDOZA PÉREZ, Diego. Evolución de la propiedad en Colombia, UEC, 1983, página 30.

50 BOTERO VILLA, Juan José y KALMANOVITZ, Salomón. Análisis sobre la Memoria del Secretario de Hacienda para el Congreso de 1882, página LXXXIX.

51 ALFONSO X. Siete Partidas, Leyes 2ª, 5ª, 6ª, y 7ª, Título 21, partida 4.

52 Vid. SIETE PARTIDAS; y Recopilación de Indias, Libros Primero, Tercero, Octavo y Noveno, prohibieron a los esclavos criados entre moros pasar a la indias, se dispuso gravar la propiedad des esclavos con el impuesto de amojarifazgo, y que los esclavos de propiedad de los inquisidores no podían portar armas.

53 Vid. VÉLEZ, Fernando. Op. Cit., página 22.

54 SOCORRO

55 VÉLEZ, Fernando. Op. Cit., página 23.

56 Ley 7ª del 21 de julio de 1821, artículos 1º, 7º y 8º; el impuesto era del 3% sobre un quinto de las herencias a descendientes legítimos, del 3% sobre un tercio de las herencias a ascendientes legítimos, del 3% total de la herencia a herederos colaterales y del 10% de las herencias a herederos extraños.

57 Vid. VÉLEZ, Fernando. Op. Cit., página 28.

58 Constitución de Cundinamarca de 1811, título XII, artículo 1º, numeral 10; Constitución de Cundinamarca de 1812, título XII, artículo 1º, numeral 3; Constitución de Colombia de 1821, título VIII, Disposiciones generales, artículo 177; Constitución de 1830, título XI, artículo 146; Constitución de la Nueva Granada de 1832, título X, Disposiciones generales, artículo 193; ; Constitución de la Nueva Granada de 1843, título XII, Disposiciones generales, artículo 162; ; Constitución de la Nueva Granada de 1853Capítuylo 1º, inciso 3º, artículo 5º; Constitución de la Confederación Granadina de 1858, capítulo V, Delos derechos individuales, inciso 3º, del artículo 56; Constitución de los Estados Unidos de Colombia, sección II, Garantía de los derechos individuales, artículo 15, inciso 15. Constitución de 1886, título III, artículos 32.33 y 34; y Constitución de 1991, título II, capítulo 2, artículos 34, 58 y 59

59 MOSQUERA, Tomás Cirpiano; citado por MENDOZA PÉREZ, Diego, en Evolución de la propiedad en Colombia, UEC, 1983, página 63..

60 El Concordato de 1885, suscrito entre el Gobierno de Rafael Nuñez y el Estado Vaticano, convino en devolver a las comunidades religiosas los bienes desamortizados que les hubieran pertenecido y que no tuvieran ningún destino.

61 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación civil, sentencia del 6 de marzo de 1927.

62 Código de Bello, redactado por Andrés Bello para la república de Chile en 1840, decepcionado en el estado soberana de Santander el 12 de octubre de 1858, erigido en 18... como código civil de los Estado Unidos de Colombia, es reconocido por la república unitaria que surge de la regeneración como código civil de la nación.

63 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 10 de mayo de 1899: **"No debe confundirse la posesión regular de derecho de dominio, conferido por la escritura pública y su registro, con la posesión real de la cosa misma a que ese derecho abstracto se refiere..."**; Gaceta Judicial, tomo XIV, página 200.

64 Código Civil Colombiano, artículo 789, y artículo 785.

65 Reforma del artículo ... de la Constitución, efectuada por el acto legislativo... de 1936....: "la propiedad.... Función social..."; y la Ley 200 de 1936, artículo 1o y 7º, y sentencias de la CORTE SUP[REMA DE JUSTICIA, del 24 de julio de 1937 y del 9 de marzo de 1939, Gaceta Judicial XLV, página 329 y XLVII, página 789.

66 Ley 100 de 1944 sobre régimen de tierras, artículo 1º.

67 Ley 201 de 1959, artículo 1º.

68 Expresión para denotar que un predio se hallaba afectado al procedimiento de expropiación por el INTITUTO COLOMBIANO PARA LA REFORMA AGRARIA (INCORA)

69 Mensaje del Peblo U"wa a los Colombianos, noviembre de 1998.

70 SMITH, Adam. Lecciones sobre jurisprudencia., editorial Comares, Granada, 1995, página 42.

71 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, artículo 58, incisos primero, segundo y tercero : **“Se garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.**

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.”

72 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de sala plena C- 37, del 3 de febrero de 1994, Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

73 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de sala plena C- 147, del 19 de marzo de 1997, Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

74 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-537, del 23 de septiembre de 1992, Magistrado ponente Simón Rodríguez la sentencia C-295 del 29 de julio de 1993, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

75 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-015, del 28 de mayo de 1992, Magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

76 *Ibidem*.

77 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-494, del 12 de agosto de 1992, Magistrado ponente Ciro Angarita Barón.

78 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, artículo 58, incisos cuarto y quinto: **“Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto al precio. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una u otra cámara.”**

79 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T –547, del 2 de octubre de 1992, Magistrado Alejandro Martínez Caballero.

80 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de sala plena C-370, del 25 de agosto de 1994, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz y sentencia C-006 del 18 de enero de 1993, con ponencia del Magistrado...

81 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, artículo 59.

82 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 434 del 11 de octubre de 1993, con ponencia de los Magistrados Jorge Arango Mejía y Vladimiro Naranjo Mesa; las tesis fueron reafirmadas en la sentencia T-303 del 20 de junio de 1997, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández.

83 ~~83~~-CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-374 del.. de 1997, del ... de 1993, Magistrado ponente ...y T-212 del ..... de 2005, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

84 Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 63 , 75 y 332.

85 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 183, del 4 de marzo de 2003, Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra.

86 Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 75: **“ El espectro electromagnético es un bien inembargables e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el estado intervendrá por mandato de la ley para evitar prácticas monopolistas en el uso del espectro electromagnético.”**

87 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-081, del 26 de febrero de 1993, Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

88 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-189, del 19 de febrero de 1994, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

89 Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 60: **“El estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.”**

90 Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 60, inciso 2º: **“Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.”**

91 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-37 del 3 de febrero de 1994, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell.

92 Constitución Política de Colombia, artículo 61 y 154, numeral 24.

93 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 334 del 12 de agosto de 1993, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

94 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 040 del 3 de febrero de 1994, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

95 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 1490 de 2000, Magistrado ponente Fabio Morón Díaz; y Sentencia C- 1118 de 1 de noviembre de 2005, Magistrado ponente Clara Inés Vargas Hernández.

96 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 1118 de 1 de noviembre de 2005, Magistrado ponente Clara Inés Vargas Hernández

# Alfonso López Michelsen, el derecho internacional y las relaciones exteriores de Colombia

Benjamín Ardila Duarte.

**ALFONSO LÓPEZ MICHELSEN, EL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS RELACIONES EXTERIORES DE COLOMBIA**

AUTOR: Benjamín Ardila Duarte

DIRECCION: Alfonso López, derecho internacional, política, relaciones exteriores

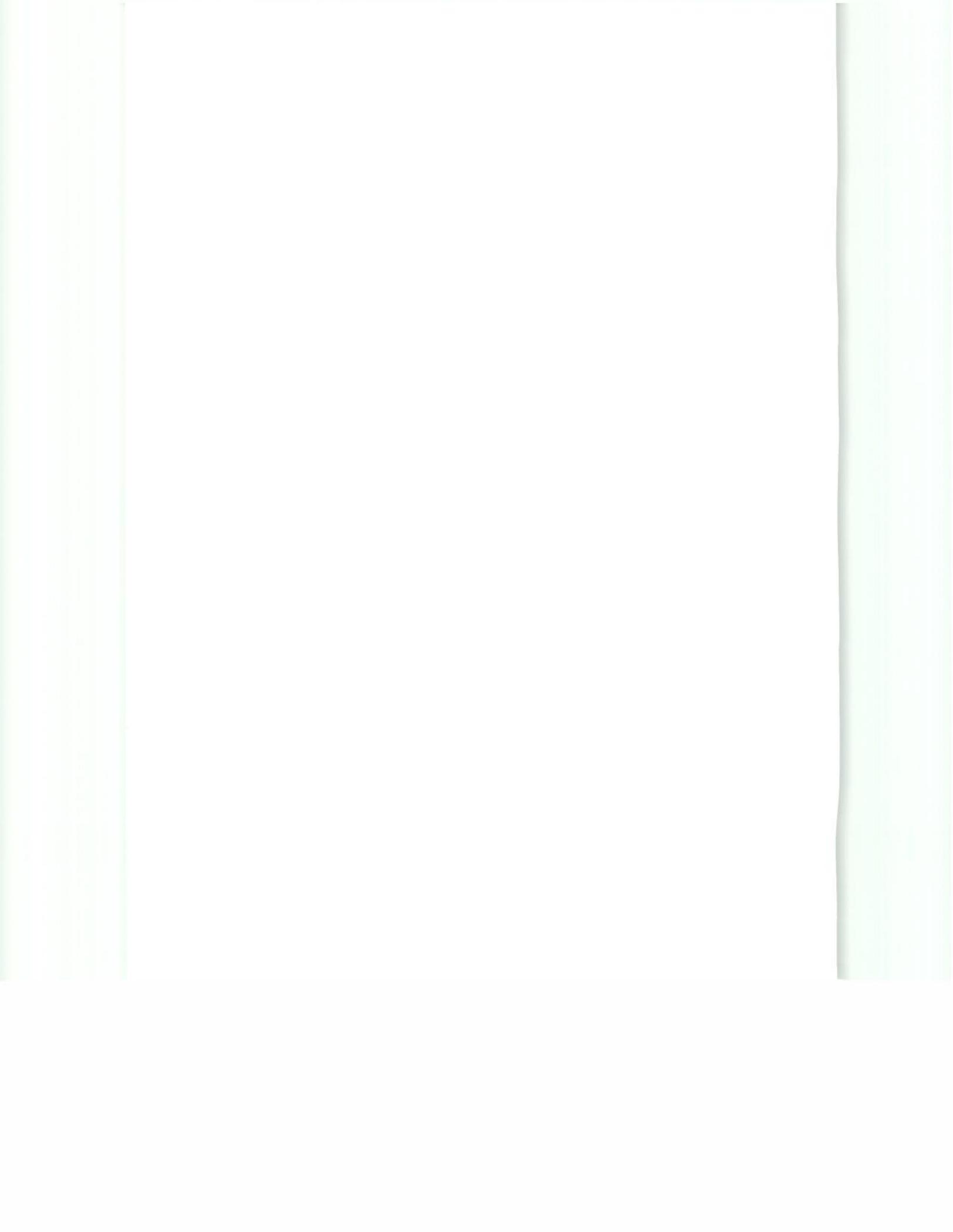
FECHA DE RECEPCIÓN: Marzo 6 de 2006

DESCRIPTORES:

RESUMEN: El autor presenta una reseña del Presidente López en su rol de estadista y estudioso del derecho internacional, presentando su visión universal de la política y el conocimiento profundo del manejo de las relaciones exteriores de nuestro país.

KEY WORDS: Alfonso López, international law, political, outer relations

ABSTRACT: The author presents a review of President López in his roll of statesman and student of the international law. Italso presents his universal vision of the policy and the deep knowledge of the handling of the outer relations of our country.



# Alfonso López Michelsen, el derecho internacional y las relaciones exteriores de Colombia

Benjamín Ardila Duarte

**L**os idiomas conocidos y amados- castellano, francés e inglés- , las literaturas estudiadas, los viajes de infancia y juventud, el domicilio en Europa en la edad formativa, la universidad Chilena y el exilio en Méjico, dan a López una visión del mundo que no a todos es dable captar. Sus estudios en los Estados Unidos sobre Temas Internacionales y la bibliografía inmensa que acumuló, en el espesor de los tiempos, le dieron esa aproximación a la política a partir de los factores económicos y de las Relaciones Internacionales. Hereda a su padre y complementa su óptica con la parte jurídica que la Universidad le aporta y que la lectura de los tratados y de los autores le consolida.

La colección de Tratados de Freycinet es un punto de partida. En lo estrictamente colombiano tenemos a Cadena, Antonio José Uribe, Jesús María Yepes, Enrique Gaviria Liévano, Alfredo Vásquez Carrisoza, las Memorias de los Cancilleres y las minutas de los clausularios suscritos. La visión de López es latinoamericana y universalista. Desde Méjico logró alejarse de la mirada puramente hispanista de sus maestros colombianos y chilenos de su primera juventud. La presencia de los Estados Unidos (pobre Méjico...tan lejos de Dios y tan cerca de los Estados Unidos...decía don Porfirio Díaz), es un elemento de coacción que ALM advierte desde su llegada al

país azteca en 1952. La Guerra Fría, que convirtió a la OEA en un ministerio de colonias, o en una CIA sin detectives, impresiona a López quien no ve el peligro comunista inminente que Laureano Gómez y Alberto Lleras desarrollan hasta el delirio entre 1945 y 1962.

Casi siempre en el Senado, desde 1962, López sorprende a todos por su visión universal de la política. El tratado de Tlatelolco sobre desnuclearización del Continente, estudiado posteriormente por el Instituto Matías Romero de Méjico, señala el peligro nuclear por encima del temor al comunismo ateo y enemigo de la civilización occidental y cristiana de los Lleras y de Laureano Gómez. ALM ve que el peligro es el subdesarrollo, el atraso y la pobreza. El marxismo es una teoría del Estado, de la economía y una visión filosófica del mundo. No un peligro tangible.

En 1966 es elegido para la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores donde lo pudimos ver sereno en los debates, documentado en la toma de posición, nacionalista al defender el patrio suelo, aguerrido para preservar la Orbita Geoestacionaria y versado en los límites de tierra, mar y cielo de la república de Colombia frente a un vecindario ambicioso.

López como estadista estudioso es en nuestro país un ejemplar humano dedicado y superior. Desde los organizadores de la república no se encuentra una pasión por los temas del Estado como la suya. Desde 1960 hizo sus primeras incursiones en la política exterior en el Congreso. En la Cámara de Representantes el asunto de Cuba era tratado desde el ángulo de derecha del frente nacional con una pasión de Guerra Fría. López le bajó el tono, advirtió que en la Reforma Agraria Democrática, en la Política Internacional independiente y en la cobertura social para los débiles estaba la ruta del liberalismo moderno. No fue escuchado y, muy por el contrario, el discurso de Alberto Lleras en Palmira desató una oleada de Macartismo que difícilmente vivirán otras generaciones. Silvio Villegas, en los funerales de Alzate en 1960 decía que no había alternativa: o frente nacional o el comunismo y la revuelta.

El sistema interamericano saltó en pedazos, Cuba salió de la OEA y el país se alineó en una nueva cruzada más mística que la que delineó Eisenhower en sus Memorias sobre la ayuda a Europa para ganar la guerra contra el eje. Cuando López regresó de Méjico en 1959 estaba en ese alegre mediodía intelectual en el que se justifican todas las ideas y se excluyen todos los fanatismos. Pero sus enemigos lo alineaban al lado del comunismo contra el cual había que batallar para preservar la civilización occidental a nombre de la cual había actuado el gobierno nacional desde 1945 contra los sindicatos, contra Gaitán, contra el Liberalismo y contra toda muestra de inquietud y los justos clamores de las masas.

Volvamos al tema internacional: en el Senado de 1962 y un poco adelante, López pregunta sobre La Desnuclearización del Continente que el Tratado de Tlatelolco pregona y que ameritó un ejemplar de la revista Política Exterior de Méjico, número 50, con los artículos del Instituto Matías Romero de Méjico. Temas como el control de armamentos, la contención de la amenaza nuclear, el uso pacífico de la misma energía fueron estudiados por López y lo llevaron a inquirir frente a una cancillería entumecida, remolona y soñolienta.

Sin ningún sectarismo López se documenta sobre los Temas Internacionales. Ello explica que en 1966, aún como jefe del MRL en la oposición, es elegido para la Comisión Asesora sin adversarios a pesar de su independencia crítica expresada desde una década anterior. No obstante que Didier Grange considera que Le Quai d'Orsay declina, la bibliografía francesa entusiasma a López. Para él, como para Marcel Merle, La Política extranjera puede ser imperialista, expansionista, aislacionista, neutralista o defensiva según el caso. La de Colombia es defensiva o debe serlo por estar en un área de sometimiento a la diplomacia del dólar unas veces o al Gran Garrote de Teodoro Roosevelt casi siempre.

Los autores americanos también son conocidos. El expansionismo que rompió el zarape mejicano lo conoce López de primera mano. Las revistas le han dado la información y, muchas veces prefiere llegar a las fuentes, a las memorias de los secretarios de estado o a los Papeles del Pentágono cuando son editados después de los atropellos o de los hechos cumplidos a favor de la seguridad nacional de los Estados Unidos.

En 1967, después de un difícil camino hacia la unión liberal, salvadora para el doctor Carlos Lleras Restrepo por la presencia entonces de factores adversos (baja del café, guerrillas y minoría parlamentaria), López es designado Gobernador del Cesar. En su discurso de posesión define, nítidamente, el departamento del Cesar como área de frontera, con un comercio intenso con Venezuela que no puede ser calificado de contrabando.

Muchas conquistas colombianas de Política Internacional Independiente de Colombia se deben a López. Las relaciones con todos los países y el comercio exterior con el mundo socialista fueron parte de nuestra batalla desde los días lejanos del Movimiento Revolucionario Liberal. El nacionalismo latinoamericano, de corte bolivariano, fue defendido por López desde hace medio siglo y la "benévola expectativa frente al experimento cubano" fue la tesis de la izquierda liberal para que fuéramos amigables componedores en el conflicto de Fidel Castro con los Estados Unidos. Como Canciller, como Presidente de la República, como escritor público y como combatiente político López ha planteado el retorno de Cuba a la OEA, a pesar del concepto no

muy favorable que tiene de ese organismo regional. Las relaciones con China y con Irak se deben a su gestión de mandatario lo mismo que otras banderas de universalización de nuestras relaciones exteriores.

La “colombianización de la banca” centrada sobre la decisión de que nuestro país tenga el 51 por ciento en el paquete accionario del sector financiero externo fue una de las realizaciones más importantes de su tiempo. Fueron los días que precedieron a la quiebra dolosa de muchas instituciones bancarias que después han liquidado utilidades de más del ochenta por ciento, después del salvamento de sus quiebras con los dineros del contribuyente colombiano.

El tema de la reforma del Concordato con la Santa Sede, las relaciones con muchos países y nuestra actitud frente a Panamá, son tratadas por López en el Testimonio Final con detallada exactitud. Es probable que las relaciones con la Iglesia hubieran podido tratarse con mayor autonomía y con un verdadero criterio de Estado Moderno que debió ser imposible por la paridad de los partidos en el gobierno y por el carácter teocrático de los gobiernos granadinos y colombianos durante largos siglos.

Sobre nuestro diferendo con Nicaragua ha escrito López páginas de profundidad histórica y jurídica y en defensa de San Andrés y Providencia propugnó, en fecha no lejana, la tesis sobre el archipiélago histórico en comunicación al académico Enrique Gaviria Liévano.

#### **LÓPEZ MICHELSEN COMO CANCELLER.**

Un día, a raíz de unas declaraciones de independencia religiosa, el doctor Germán Zea Hernández sale del Ministerio de Relaciones Exteriores. López Michelsen es designado para reemplazar al curtido diplomático y profesor de Derecho Internacional de la Universidad Libre en esa Cartera. López dice que no tiene Smoking, pero de todos modos se posesiona. Sus intervenciones y Memorias de Relaciones Exteriores son textos que muestran una independencia crítica, paralela al enfrentamiento que muestra Lleras Restrepo frente al Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

En la ONU, en el Ecuador, en Panamá, en las diversas conferencias internacionales ALM deja la huella de su conocimiento y al llegar el delegado pontificio de Paulo VI hace una evaluación de la presencia de la iglesia católica en la cultura colombiana, con recuerdos sobre su obra escrita al respecto en años muy anteriores.

En el discurso de la ONU (período ordinario de sesiones de la Asamblea General, el día 11 de octubre de 1968), López Michelsen se expresó así:

“Deseo aprovechar un gráfico símil acerca del papel de los países pequeños, tal como lo concibió el gran Churchill. Entre los documentos publicados por el Departamento de Estado Norteamericano, en el volumen en que se registran los antecedentes de la Conferencia de Yalta, aparece consignada la crónica de la última entrevista en que se discutió el papel de los estados débiles en el mundo futuro. Citando a Shakespeare, decía el estadista británico con respecto al papel de las pequeñas naciones, que serían invitadas posteriormente a participar en la organización de las Naciones Unidas: “Es necesario que las águilas dejen cantar a los pajaritos, sin preocuparse mucho de su canción”.

\*\*\*\*\*

### **LA TAREA DE LA CANCELLERÍA.**

La organización interna del Ministerio, las carreras Diplomática y Consular siempre aplazadas, fueron inquietud de López como Ministro de Relaciones Exteriores. La adquisición de sedes decorosas para nuestras dependencias en el exterior y la divulgación cultural fueron preocupaciones habituales de esa gestión.

En cuanto a proyectos de ley, tratados y convenios podemos registrar estas tareas que relaciona la Memoria del Ministerio de Gobierno de entonces, en la cual Carlos Augusto Noriega presentó un inventario o relación de los temas de las carteras ministeriales:

En el ramo de las relaciones exteriores conviene anotar que cursan en la Cámara 23 proyectos de ley presentados por el gobierno. Sería conveniente que ellos fueran evacuados en el curso de la presente legislatura. Sin embargo, dada la cortedad del tiempo disponible creo de especial prioridad los siguientes:

- a) El Protocolo de Buenos Aires, sobre reformas a la Carta de los Estados Americanos, que fue presentado al Senado desde el 17 de agosto de 1967. Hoy ya recibió en esa corporación los debates y también fue aprobado por la Comisión Segunda de la Cámara el 15 de octubre de este año. Se encuentra para consideración en segundo debate;
- b) El Convenio Mundial del Azúcar: recibió segundo debate del Senado el 23 de octubre y se encuentra hoy a la consideración de la Cámara.

Fuera de estos dos instrumentos cuya aprobación considero muy urgente,

me permito llamar la atención de las honorables cámaras sobre los siguientes:

- c) El Tratado que prohíbe los ensayos con armas nucleares presentado a la Cámara en julio de 1967, aprobado por esa corporación desde el 4 de noviembre del mismo año y que se encuentra a la consideración del Senado;
- d) El proyecto de ley "por la cual se destinan unos edificios para las sedes de la Presidencia de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores", presentado desde 1967 a la Cámara de Representantes y que aún no ha sido objeto de la respectiva ponencia.
- e) "La enmienda del convenio de cooperación concerniente a los usos civiles de energía atómica" celebrado entre Colombia y los Estados Unidos de América. Este proyecto fue presentado a la Cámara en julio de 1967. Allí fue aprobado e hizo tránsito al honorable Senado.
- f) El Convenio entre la República de Colombia y la República Federal de Alemania para evitar la doble tributación presentado a la Cámara desde el 22 de septiembre de 1965, hizo tránsito al Senado y allí fue pasado al ponente el 3 de septiembre de este año (1970).
- g) El canje de notas entre Colombia y Argentina, de 15 de septiembre de 1967, sobre doble tributación, que se presentó a la Cámara desde mayo de 1968, hizo tránsito al Senado y fue repartido al ponente desde el 3 de septiembre de 1969.
- h) El Protocolo sobre tránsito de personas entre los países de la ALALC, presentado al Senado desde el 12 de diciembre de 1967.
- i) Las Convenciones de privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas, organismos especializados y OEA de 1947 y 1969, respectivamente, que fueron presentadas al Senado el 31 de octubre de 1968 y que por no haber sido objeto de ponencia para primer debate, se devolvieron al gobierno y fueron presentadas de nuevo a la consideración del Congreso.

El 7 de agosto de 1970 López sale de la Cancillería al terminar la obra de Carlos Lleras Restrepo de quién recibe una carta de felicitación y de gratitud.

#### **UN DIPLOMÁTICO ESTRUCTURADO.**

No perdió ALM el tiempo en el colegio, en la universidad o en los viajes de infancia y juventud. El alma de los pueblos de que habla André Sigfried es conocida por él con fina percepción se psicólogo. Las razas, los idiomas, los grupos humanos, el carácter de una provincia y de un conglomerado, le son

familiares. Crítico, con cierta sociología muy personal, clasifica, evalúa y define el espíritu nacional de cada uno de los pueblos de América.

Para su paso largo, más de cuarenta años, por la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, se preparó y se documenta día a día. Así como su padre definía cada situación a partir de parámetros económicos, con una inclinación profesional que no era común entonces, López tiene en cuenta además de otros valores, la incidencia de factores y coyunturas mundiales en la vida moderna de nuestros pueblos. Antes de que se hablara de Globalización, ya él había tomado los datos dominantes antes de buscar una salida a la encrucijada del momento.

Durante la segunda guerra mundial se capacitó en los temas que iban a venir. Era un mundo nuevo. Las biografías, diarios y memorias de los participantes en el conjunto bélico constituyeron su lectura durante largos años. La tragedia de la diplomacia norteamericana de que hablara Appleman es una constante en todo el continente. Cada país cree que es único en el universo. Los demás no contamos para nada. La diplomacia francesa en el pequeño texto de Carlos Laroche evalúa cuadros superiores o clase administrativa de especialistas, temas y situaciones. Los actos, costumbres y tradiciones varían de país a país. El ensayo de León Noel sobre el mismo tema presenta el caso desde el punto de vista de un actor convertido en escritor de los asuntos exteriores después de vivirlos con la angustia infinita de los vencidos.

Esta escuela francesa es conocida por López desde la primera juventud. Los escritores diplomáticos o los diplomáticos escritores – dos temas distintos sin hacer juegos de palabras – le dan al estudiante francés ejemplos incontables. Chateaubriand, Lamartine, Stendhal, Gobineau, Paul Claudel, Couve de Murville, constituyen vivo ejemplo de la preferencia francesa por los intelectuales al escoger sus cancilleres, sus plenipotenciarios y la carrera misma. Saint Jhon Perse es el mismo secretario del Ministerio con otro nombre.

No tenemos carrera diplomática seriamente respetada mientras que otros países, aún los más pobres de nuestro Continente ya la han estructurado. Debe haber una escuela de los Embajadores al decir de Jusserand, para conseguir el ideal del verdadero diplomático que pregonó Jules Cambon. El espíritu de la diplomacia no es una frase hueca o un título simple en el libro de Chambrun sino la viva muestra de que no se pueden defender las fronteras, ni representar dignamente a la nación, ni divulgar la cultura, ni vender los productos en el mundo, sin tener una fuerza interior de amor y de conocimiento de la patria.

Ese afecto por su tierra y por su gente llevó a López Michelsen a presentar la tesis en una convención liberal, con la crítica por las definiciones despectivas del presidente Alberto Lleras y del escritor Caballero Calderón, ambos embajadores en varias ocasiones, y representantes de un pueblo al que atacaban por su redomada mala fe. El amor a todo lo colombiano debe ser el punto de partida. Reconocemos nuestras faltas como personas y nuestras deficiencias como pueblo pero estamos orgullosos de nuestra comunidad nacional.

Repetimos: en la Comisión Asesora, en la Cancillería, en el Congreso, en la Presidencia de la República, López ha presentado los valores del pueblo colombiano como tesoro de una gran nación en el continente y destinada a un hermoso destino. Jamás la idea del inepto vulgo, del país de cafres, fue expresión usada en setenta años de vida de escritor y en medio siglo de vida pública. Esto puede ser adjetivo para muchos países pero es decisivo en una república cuya clase rectora es de un extranjerismo folclórico, de un cosmopolitismo postizo, de un alarde que esquiva todo lo nacional y aprecia solo lo que viene del otro lado de la frontera.

### **EL ESPÍRITU DE LA DIPLOMACIA.**

López conoce la política mundial por la prensa extranjera, la bibliografía actualizada en sus lecturas y por los viajes. En Alemania y en París he tenido la ocasión de hablar con él de esos países y me asombra que tenga una información tan detallada de sus cancillerías. La vida de los grandes diplomáticos le es familiar, tanto los europeos como los colombianos y los mejicanos. De los Estados Unidos conoce las Memorias de los Secretarios de Estado y de los presidentes, especialmente en los temas referidos a la política internacional.

Es raro que López Michelsen, tan hondamente hispanista en sus libros iniciales no haya tenido cercanía intelectual con el fenómeno peninsular de este siglo. Su admiración por las Leyes de Indias y por la biografía de Isabel la Católica, se detiene espantada cuando se trata de la España Franquista que dura desde 1936, inicio de la Guerra Civil e internacional en España, hasta el final del gobierno de López en 1978 cuando se hace la apertura democrática de la Constitución Española.

Las relaciones económicas internacionales pesan más en López que la identidad cultural o el intercambio espiritual entre pueblos afines. Es el

pragmatismo anglosajón y de él hace gala en sus intervenciones como Canciller, primero, como Presidente de la República después y como miembro de la Comisión Asesora en varas décadas. El tema de las fronteras es su fuerte y los tratados y protocolos y detalles históricos de nuestro alinderamiento internacional los conoce con precisión. La Bibliografía y documentación de nuestros límites, la vida de los signatarios de nuestros tratados, las leyes aprobatorias, los cita y los evalúa críticamente.

Cuando se refiere a las equivocaciones que se cometen en la vida nacional y en el trato de la política exterior, frecuentemente repite la frase del gran inglés: **“Eran épocas de pequeños problemas y grandes hombres y esta es época de grandes problemas y de hombres muy pequeños”** Le da vueltas y vueltas a esa frase para avalar con fuerza sus argumentos.

### **Algunos casos concretos.**

Los casos de Panamá, Venezuela y el Perú los ha vivido intensamente. El Canal, el Protocolo de Río de Janeiro para afirmar nuestra soberanía sobre el Puerto de Leticia y la delimitación con Venezuela, le han dado motivo para conferencias y artículos. Respecto al caso de San Andrés Islas, conoce la geología y los antecedentes del Tratado Esguerra Barcenas que dejó en firme nuestros históricos derechos sobre el Archipiélago. Personalmente tuve la oportunidad de aportarle algunos datos al doctor López sobre la biografía de Manuel Esguerra, diplomático santandereano a quién correspondió ajustar el Tratado con Nicaragua, después de décadas de deliberaciones.

Al libro de Eduardo Zuleta sobre el llamado Golfo de Venezuela López le sugirió el título para definir, desde el nombre del ensayo jurídico, la parte de soberanía que nos corresponde en las aguas del Golfo de Coquivacoa. Sobre el Tratado Lozano Salomón conoce sus antecedentes, su firma y su posterior desconocimiento por los peruanos. El viaje a Lima, con su padre y en 1933, le dio la opinión indiscutible sobre nuestros derechos en el Trapecio del Amazonas. En las conferencias que programó Elvira Cuervo en el Museo Nacional, López intervino y le asistimos con alguna documentación y bibliografía adicional e hizo una conferencia ante un público especializado sobre nuestra guerra con el Perú, terminada audazmente por Alfonso López Pumarejo.

El comercio exterior con los países socialistas, cuando era pecado mortal, y la universalización de las relaciones internacionales, cuando era heterodoxa, fueron sostenidos por López en la prensa, en la Cancillería y en su paso por la Presidencia.

La formación del diplomático, la libertad del pensador, la equidad frente a las razas y a las naciones, le dan a López una visión amplísima de las relaciones exteriores de la república, aporta fuerza a la tesis integradora del Continente y del Bloque Latinoamericano, óptica abierta que no han tenido otros estadistas colombianos a quienes el anticomunismo y la Guerra Fría colocaron como peones de esa contienda y no como sujetos libres de nuestro propio acontecer.

## **LÓPEZ MICHELSEN COMO PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y LA ORIENTACIÓN INTERNACIONAL DE SU GOBIERNO.**

### **El contexto mundial en 1974.**

López Michelsen llega al poder en medio de dos conflictos internacionales importantes y graves: La caída estruendosa de Richard Nixon por las maniobras delictivas realizadas para lograr la reelección y la muerte de Salvador Allende con la ruptura institucional en Chile. El presidente norteamericano fue censurado en su política exterior por su viaje a China, la amistad con el Sha de Persia, Política frente a la crisis energética, etc. Pero su caída estruendosa, relatada en sus Memorias, en *La Verdadera Guerra* y en *Líderes*, demuestra que había, fuera del episodio del Hotel Watergate, algo más de fondo, crujía la sociedad americana ante la presencia del nuevo mundo árabe, la China en la arena mundial y el tercer mundo no alineado.

La caída de Allende revivió la Guerra Fría y el anticomunismo. López encuentra en 1974, en América Latina, en Norteamérica y en Europa un cuadro de derecha de palidez y espanto. Ese marco, adicionado con la crisis energética, el embargo petrolero y la inflación desatada, fue dominado por el presidente, por su equipo económico, por su destreza política y el don de consejo del canciller Indalecio Liévano Aguirre.

El presidente, en la bonanza cafetera del tramo final de su gobierno, decidió que el mayor ingreso fuera para el gremio productor del grano. Inicialmente desarrolló su proyecto para que Colombia, por la destreza de su mano de obra y otras ventajas comparativas, fuera el Japón de Suramérica, alusión a la pequeña empresa y a la microempresa de la cual se habló mucho después. El retorno al campo y la vocación minera de Colombia, con el proyecto de Carbocol a la cabeza, dieron base para reactivar dos subsectores de la economía que en el modelo de Collin Clark representan punto neurálgico.

### **Áreas Marinas y submarinas.**

La delimitación de las áreas marinas y submarinas constituyó para López una

apremiante prioridad. Decía el presidente entonces que el espacio oceánico contiene más del 95 por ciento del agua mundial y posee, probablemente, más hidrocarburos y ciertamente mucha mayor cantidad y variedad de minerales duros que los que se encuentran en la superficie terrestre. Contiene también vastos recursos vivientes que pueden dar una importante contribución a la oferta mundial de alimentos. Y en el *Testimonio final* López señalaba que el gobierno del mandato claro le deja a Colombia una situación saneada en cuanto al deslinde de sus áreas marinas y submarinas con las naciones vecinas en el Pacífico y en el Caribe: Ecuador, Haití, Panamá, la República Dominicana. La codificación del derecho del mar y el proyecto sobre mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental, fueron temas en los cuales el mandatario y su canciller Liévano Aguirre pusieron toda su capacidad de tratadistas del derecho público.

En el caso del Canal de Panamá, Colombia jugó, con López a la cabeza, un papel clave para la conclusión del Tratado Carter-Torrijos. La asesoría a la nación hermana, la descolonización del continente, la búsqueda de fórmulas acertadas para que el istmo dejara de ser un enclave colonial, permitió un acuerdo que en pocos años deja libre la zona del Canal y con la plena soberanía de la nación limítrofe. Colombia, sin dejar de reclamar lo que históricamente le corresponde y lo que jurídicamente era posible, ayudó a Panamá a ser un pueblo soberano a término fijo no obstante tener en frente al primer imperio de la tierra.

#### **El diferendo con Venezuela.**

Mientras no existía petróleo visible, bancos de camarones, riqueza de productos del mar y conflictos serios de dominación en el Caribe, la delimitación entre vecinos era muy fácil. El *Uti Possidetis Iuris* de 1810 era aplicable y el derecho del mar, tan rápidamente enriquecido por los tratadistas, se aplicaba a ojmetro en aguas de propiedad incierta. Ahora no. Desde 1957 el derecho del mar y del espacio ultraterrestre se ha desarrollado y crean nuevos problemas entre vecinos, potencias y organismos internacionales. Por ello el diferendo con Venezuela no es cosa de poca monta. López, desde su posesión como presidente, advirtió que el llamado golfo de Venezuela, antiguo golfo de Coquivacoa, es la base de la discusión técnica y política que aún hoy se debate con la nación hermana.

“Nuestro derecho a la plataforma submarina y a las aguas que la cubren deriva del elemental hecho geográfico de no estar encerrada esta bahía exclusivamente por territorio venezolano. Cierto es que gran parte de la costa que configura el Golfo es soberanía venezolana, pero también, en el costado occidental, en la península de la Guajira, está de por medio la costa colombiana

que, según principios de jurisprudencia universal, engendra derecho sobre la plataforma y sobre las aguas". Hasta aquí la tesis del presidente López que es la de Colombia y la del derecho más nítido. Se avanzó pero no se terminó el diferendo, a pesar de ser naciones bolivarianas. Los dos millones de colombianos que viven en la nación hermana son sometidos, por autoridades subalternas, al "cautiverio de Babilonia" ya que se les trata a nuestros nacionales como extranjeros perniciosos oriundos de un país enemigo y no como hermanos de la familia bolivariana que ayudan al desarrollo económico de la región acogedora.

### **Nuestras Relaciones con Venezuela.**

Como político, como ministro y como presidente de la república, López Michelsen ha dado gran importancia al tema de nuestras relaciones con Venezuela y desde su discurso de posesión, aludió a la demarcación de las áreas marinas y submarinas en el Golfo de Coquivacoa, también llamado Golfo de Venezuela.

En su mensaje al Congreso Nacional de 20 de julio de 1975, el presidente López se expresó así:

"Porqué no pensar y declarar de una vez, a la faz del mundo, que de acuerdo con una vieja aspiración venezolana, el Golfo de Venezuela es una bahía histórica, condominio de los dos estados ribereños, Colombia y Venezuela?. De este modo sustituiríamos la confrontación entre nuestros dos países, mientras barcos de otras banderas pescan en la región, por una afirmación de nuestros intereses comunes, una nueva batalla del golfo, fruto de nuestro esfuerzo conjunto. La delimitación de las áreas, en proporción a nuestros respectivos perímetros, vendría por añadidura."

Lamentablemente ninguna de las fórmulas expuestas por Colombia ha sido aceptada por la Cancillería Venezolana en estos cincuenta años.

### **López y los Estados Unidos.**

En el mensaje al Congreso de 20 de julio de 1976 López expresó:

"Estima el gobierno que, para un pequeño país, como es el nuestro, se corre tanto peligro de perder la autonomía en la esfera internacional, sumándose como satélite a una gran potencia en forma incondicional, como obrando por intimidación ante la fuerza del número, frente a aquellos que coaccionan

constantemente por medio de votaciones sobre los temas más extravagantes, a los países afines, con el propósito de alinear por la fuerza, en uno u otro campo de los intereses nacionales respectivos, a quienes como a Colombia, solo les interesa el imperio del Derecho”.

Muchas veces ha escrito el doctor López sobre nuestras relaciones con los Estados Unidos. La separación de Panamá ha sido en su pluma tema de un ensayo amplísimo y de un prólogo al libro de Eduardo Lemaitre. Como canciller y como presidente se ha enfrentado a los grandes temas de la relación centro-periferia. En muchas oportunidades ha criticado la fórmula RESPICE POLUM (miremos al polo) de Marco Fidel Suárez y ha pedido el RESPICE SIMILIA (miremos a los semejantes).

Como presidente tuvo una relación con los Estados Unidos y tuvo que trancarles como dijo en las Palabras Pendientes en varias ocasiones. “La economía estaba muy próspera y la AID, que suministraba pequeños recursos de ayuda , tenía desde el gobierno de Misael Pastrana escritorio propio en el Ministerio de Hacienda, con funcionario permanente, un gringo que iba inclusive a las sesiones del Congreso a pasarle apuntes al ministro que fuera, diciéndole lo que tenía que contestar. Entonces decidimos rechazar la ayuda de la AID, que no era importante. Pastrana, como es obvio, protestó por semejante gesto tan inamistoso. Otro episodio que recuerdo fue cuando nombraron a un portorriqueño desconocido como embajador y yo les demoré el agreement hasta que no volvieron a insistir”.

“Porqué yo tengo la idea, que me la confirma el caso Frechette, de que lo peor que los Estados Unidos le pueden hacer a uno como gobernante es mandarle de embajador a un tipo latino, que habla perfecto español y que acaba metido en los intrínquilis de la política y de los chismes locales”.(Alfonso López Michelsen, Palabras Pendientes, Conversaciones con Enrique Santos Calderón. El Ancora Editores. Páginas 56 y 57)

#### TRES TEMAS MEDULARES EN LA POLÍTICA EXTERIOR:

- a) El retorno del Canal a la economía Panameña.
  - b) Deuda Externa Latinoamericana.
  - c) Colombia y el Derecho del Mar.
- 
- a) El retorno del Canal a la economía Panameña.

Varias veces el doctor López y los escritores de Panamá y de Colombia han descrito las peripecias incontables del retorno del Canal y de las zonas adyacentes a la soberanía de la República de Panamá. Esta dura y larguísima

batalla se logró con la colaboración de Oduber, Carlos Andrés Pérez y el mismo López en capítulos que Omar Torrijos le dedicó en sus intervenciones públicas al presidente colombiano.

Con todo, sería injusto olvidar a Jimmy Carter para la parte política de la decisión, la asesoría de López para la técnica jurídica y el patriotismo del líder panameño Omar Torrijos. El Acta de Contadora y el Tratado de Montería registran los pormenores del tránsito exitoso a la soberanía panameña y la defensa de los intereses de Colombia.

b) La deuda Externa Latinoamericana.

En julio de 1985, López Michelsen y Fidel Castro intercambiaron una correspondencia interesante sobre la deuda externa latinoamericana, el intercambio desigual, el proteccionismo y las transnacionales. De ella nació la intervención del expresidente colombiano en la Habana el 30 de julio de 1985, en donde sostuvo que la deuda externa latinoamericana es incancelable y que esta es una obligación de aquellas que se califican en Derecho como de imposible ejecución. Importante sería que se volviera a estudiar el tema para impedir que la ignorancia o la falta de patriotismo impida que se prepague cuotas de la deuda, en momentos en que el dólar tiene baja cotización, y se impida aplazar su cancelación cuando la divisa tenga cotizaciones exorbitantes.

c) Colombia y el Derecho del Mar.

La ley 10 de 1978, redactada por la administración López Michelsen, condensa la propuesta global de su gobierno sobre el régimen jurídico de los mares colombianos: "El mar territorial de la nación colombiana sobre el cual ejerce plena soberanía, se extiende más allá de su territorio continental e insular y de sus aguas interiores hasta una anchura de 12 millas náuticas o de 22 kilómetros 224 metros. La soberanía nacional se extiende igualmente al espacio situado sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar.

"Los buques de cualquier Estado gozarán del derecho de paso inocente a través del mar territorial, conforme a las normas del derecho internacional.

"El límite exterior del mar territorial está determinado por una línea trazada de modo que los puntos que la constituyen se encuentran a una distancia de 12 millas náuticas de los puntos más próximos de las líneas de base a que se refiere el artículo siguiente.

"La línea de base normal para medir la anchura del mar territorial será la línea de bajamar a lo largo de la costa. En los lugares en que la costa tenga

profundas aberturas o escotaduras, o en los que haya franja de islas a lo largo de la costa situada en su proximidad inmediata, la medición se hará a partir de las líneas de base rectas que unan los puntos apropiados.

"Las aguas situadas entre las líneas de base y la costa serán consideradas como aguas interiores.

"En los golfos y bahías cuyos puntos naturales de entrada se encuentran a una distancia no mayor de 24 millas, el mar territorial se medirá desde una línea de marcación que una los referidos puntos. Las aguas que encierre dicha línea serán consideradas como interiores.

"Si la boca del golfo o de la bahía excediera de 24 millas se podrá trazar dentro de ella una línea de base de esa longitud que encierre la mayor superficie de agua posible.

"En los ríos que desembocan directamente en el mar, la línea de base será una línea recta trazada a través de su desembocadura entre los puntos de la línea de bajamar en las orillas".

Zona económica exclusiva:

"Establece, adyacente al mar territorial, una zona económica exclusiva cuyo límite exterior llega a 200 millas náuticas, medidas desde las líneas de base donde se mide la anchura del mar territorial".

### **Anexo # 1. López contra la Guerra Fría.**

COMUNICACIÓN A LOS GOBIERNOS DEL TERCER MUNDO ANTE LA DECLARACIÓN DEL PRESIDENTE KENNEDY A RAÍZ DE LA INVASIÓN A CUBA (Bogotá, 21 de abril de 1961).

El Movimiento Revolucionario Liberal de Colombia, considera que la Declaración del Presidente Kennedy, en el sentido de buscar la seguridad exterior de los Estados Unidos, en el caso de Cuba, aún con prescindencia, si fuere necesario, del sistema interamericano y de la opinión de los miembros de éste, entraña inequívocamente la amenaza de convertir nuestro Continente en escenario de la Guerra Fría y sin calificar la legitimidad de los móviles norteamericanos ni las constantes notificaciones del gobierno soviético, pero teniendo en cuenta el derecho de autodeterminación de las naciones de América Latina, estima que ha llegado el momento de apelar a la solidaridad de todos los pueblos

amantes de la paz que no tienen compromiso con ningún bloque y a las corrientes del pensamiento liberal, para que se manifiesten y actúen en servicio del derecho que asiste a todos los pueblos a escoger su propio camino para salir del atraso económico y social, y en defensa de la paz universal". (Fdo.) Alfonso López Michelsen

(Este comunicado fue transmitido a los países del tercer mundo y en particular a los partidos latinoamericanos afines al M.R.L.)

## **BIBLIOGRAFÍA.**

1. Flagg Bemis Samuel. A Diplomatic History of the U.S. New York.1961-Halt, Rinehalt and Winston.
2. Ch. De Chambrun. Ambasedeur de France. L'Esprit de la Diplomatie. Correa-Paris.1944.
3. Gaviria Liévano Enrique. Derecho Internacional Público. Editorial Temis. Sexta edición. Bogotá 2005.
4. Nixon Richard M. Líderes. Perfiles y Recuerdos de los hombres que han forjado el mundo moderno. Editorial Planeta. Barcelona. 1982.
5. Nixon: The Real War. Warner Books. 1980. New York.
6. López Michelsen Alfonso. Nueva Historia de Colombia. Editorial Planeta. Bogotá: La Cuestión del Canal desde la secesión de Panamá hasta el Tratado de Montería.
7. Ardila Duarte Benjamín (Prólogo y Compilación), cinco tomos. Cámara de Representantes. 1993, segunda edición. Obras Selectas de Alfonso López Michelsen. Colección Pensadores Políticos Colombianos.
8. López Michelsen Alfonso. Colombia en la Hora Cero. Bogotá. Ediciones Tercer Mundo. Dos tomos. Primera edición. 1963.
9. López Michelsen Alfonso. Palabras Pendientes. Ediciones Ancora. Bogotá Primera edición. 2001. Conversaciones con Enrique Santos Calderón.
10. López Michelsen Alfonso. Memoria de Relaciones Exteriores. Imprenta Nacional.1970.
11. López Michelsen Alfonso. Testimonio Final. Imprenta Nacional. 1978. Mensaje al Congreso Nacional.
12. López Michelsen Alfonso. Discursos y Exposiciones sobre Cuestiones Internacionales y otros Temas. Publicaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores. 1970.
13. Gómez Buendía Hernando. Alfonso López Michelsen- Un examen crítico de su pensamiento y su obra de gobierno. Fedesarrollo y Tercer Mundo. Bogotá 1978.

# Importancia de la prueba de ADN en los procesos de filiación

Rocío Serrano Gómez.

## **IMPORTANCIA DE LA PRUEBA DE ADN EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN**

AUTOR: Rocío Serrano Gómez

DIRECCION: Escuela de Derecho UIS

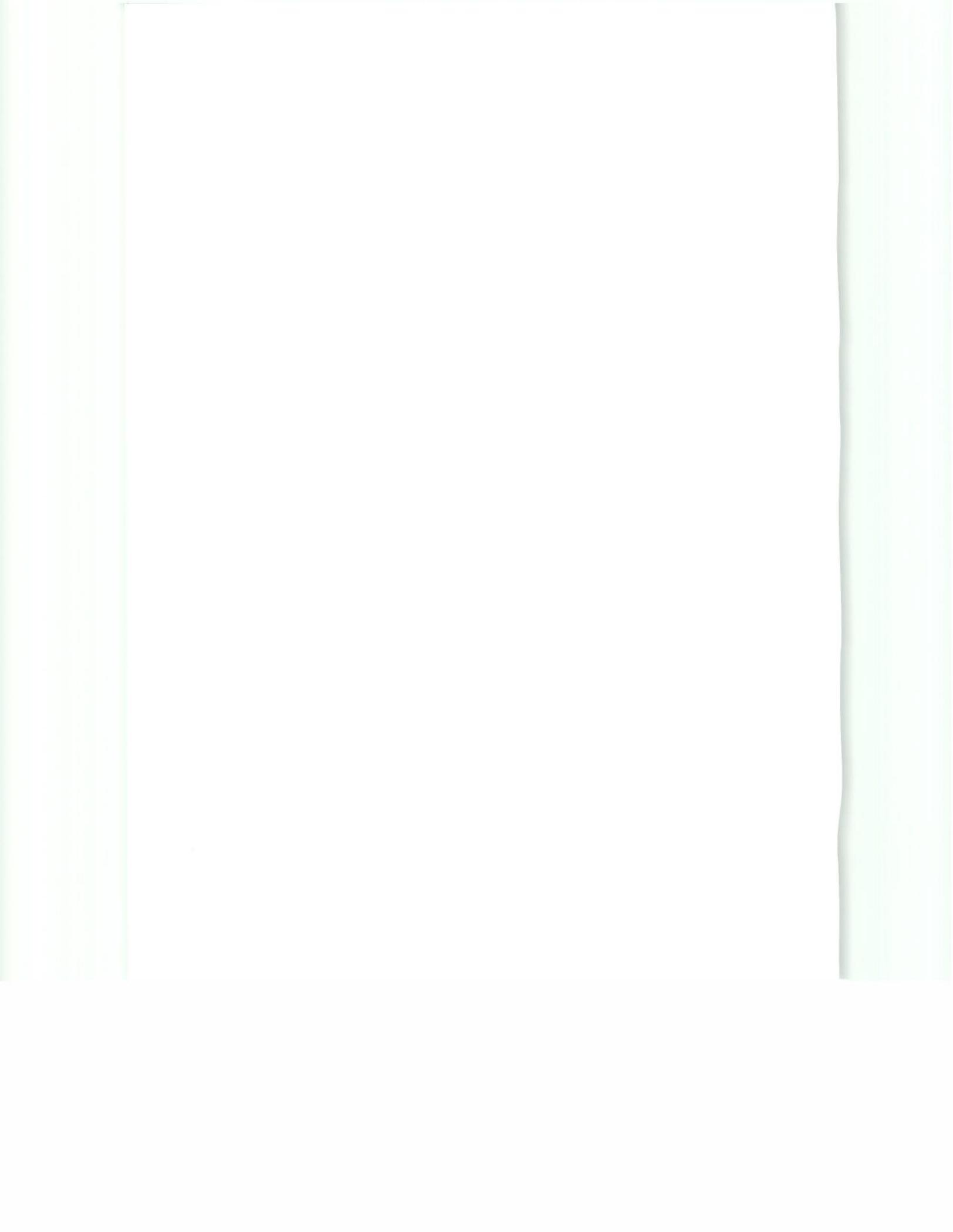
FECHA DE RECEPCIÓN: Marzo 6 de 2006

DESCRIPTORES: Filiación, ADN, legislación, prueba, nulidad

RESUMEN: Este ensayo pretende demostrar la evolución legislativa de la prueba científica comparando la ley 75 de 1968 con la Ley 721 de 2001. El seguimiento a la últimas sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia demuestra que la posición de ambos tribunales no coincide respecto a la confianza en la eficacia probatoria de la prueba de ADN ya que mientras la primera acepta la pertinencia y necesidad de los medios de prueba de la ley 75 de 1968 aún en resultados que marquen 99.99%, la última insiste en el protagonismo de la prueba de ADN, siendo esta obligatoria so pena de nulidad del proceso.

KEY WORDS: relationship, DNA, legislation, test, invalidity, judgement suggestion

ABSTRACT: This paper tries to demonstrate the legislative evolution of the scientific test comparing law 75 of 1968 with Law 721 of 2001. The pursuit to the last sentences of the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice demonstrate that the position of both courts does not agree with respect to the confidence in the probatory effectiveness of the test of DNA since while first still accepts the pertinence and necessity of means of test of law 75 of 1968 in results that mark 99,99%, the last one insists on the protagonism of the test of DNA, being this obligatory one under pain of invalidity of the process.



# Importancia de la prueba de ADN en los procesos de filiación

Rocío Serrano Gómez

## 1. Evolución legislativa de la prueba científica

**L**a tarea legislativa de comprobar la filiación de un sujeto con otro que desconoce el parentesco inició con la ley 45 de 1936, es decir, hace solo 49 años que el derecho colombiano reconoce la necesidad de averiguar esta verdad de la cual dependen tan importantes derechos subjetivos.

Según lo ha establecido la Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias <sup>1</sup> del hecho de reconocer el vínculo parental se desprenden no únicamente derechos patrimoniales –como los herenciales-, sino otros inherentes a la personalidad del sujeto. En efecto, se ha dicho que la filiación constituye un atributo de la personalidad jurídica, en cuanto elemento esencial del estado civil de las personas, es decir, negar el parentesco sin justificación o equivocarse en la sentencia que decreta tal vínculo es, ni más ni menos, impedir la titularidad de derechos fundamentales como el de acudir a la justicia para reclamar los que se desprenden del parentesco, los derechos que se desprenden de la personalidad jurídica y que se reconocen desde la niñez como son el derecho al nombre, y el de tener una familia.

Mirando en el tiempo, la inclusión de la prueba científica en los procesos de filiación es el resultado de largos esfuerzos legislativos por reconocerle a los hijos nacidos fuera de matrimonio sus mas

elementales pretensiones. En efecto, Antes de la Ley 45 de 1936 el hijo natural, es decir, aquel nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados, no tenía ningún derecho para averiguar por su verdadero padre o madre y mucho menos para impugnar el reconocimiento que de él hubiera hecho su ascendiente directo. El avance del legislador del 1936 fue, precisamente, permitirle al hijo impugnar la legitimidad presunta por una única causa: cuando él hubiera nacido después de diez meses del día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal. Nada se decía para entonces de medios probatorios para establecer filiación, ni de causales diferentes a la mencionada.

## **2. La ley 75 de 1968: “ley de la paternidad responsable”**

El primer paso para establecer presunción de paternidad en hijos naturales (hoy “extramatrimoniales”) apareció treinta y tres años después, con la Ley 75 de 1968, que en su artículo 4 establece seis eventos de los cuales puede deducirse filiación. Hoy en día estas presunciones meramente legales pueden usarse inclusive bajo la vigencia de la ley 721 de 2001 que estableció la prueba genética con marcadores de ADN, según se dirá más adelante.

Las causales del artículo 4 de la Ley 75 de 1968 se refieren a situaciones que indican posibles relaciones sexuales para el tiempo en que se presume la concepción según el artículo 92 del código civil: raptó o violación, seducción o promesa de matrimonio, relaciones sexuales de la madre y el presunto padre, y a hechos que indican filiación por circunstancias externas como cartas o escritos que contengan una confesión inequívoca de paternidad o el trato social y personal a la madre durante el embarazo y parto con hechos que demuestren paternidad, así como la posesión notoria del estado civil de hijo.

Al tiempo que establece presunciones la ley 75 de 1968 le dice al señalado como padre qué circunstancias puede excepcionar para desvirtuarlas: que el imputado padre estuvo en absoluta imposibilidad física de tener relaciones con la madre, o que para la misma época la mujer mantuvo relaciones sexuales con otro(s) hombre(s), a menos que, dice la norma, pueda acreditarse que el demandado “prohijó al hijo como suyo”. Es decir, el legislador prefiere mantener la paternidad en aquel hombre que previamente la ha aceptado en pro, pienso yo, del hijo y de la estabilidad familiar.

La ley en comento estableció por primera vez en nuestro sistema la prueba científica para definir filiación materna o paterna. Se trataba de la prueba antropo heredo biológica, que según el artículo 7 de la misma ley (hoy modificado por el artículo 1 de la Ley 721 de 2001), debía practicarse imperativamente, esto es, ordenarse aún de oficio por el juez. El procedimiento

se hacia sobre el hijo, sus ascendientes y terceros, recurriendo a los grupos y factores sanguíneos y los caracteres patológicos, morfológicos e intelectuales transmisibles. El resultado de la misma, servía sobretodo para “descartar” la filiación, mas que para indicarla, debido a que la certeza del resultado no era determinante.

Reconociendo sus falencias, la prueba se presentó por el legislador como una herramienta para el juez quien la solicitaría de oficio o a solicitud de parte, eso si, su práctica –repetimos-, era *obligatoria* aunque podía aplicarse junto con las presunciones que la misma ley estableció, y junto a otras pruebas como la de solicitar al médico que atendió el parto certificación sobre circunstancias que ayudarían a establecer el parentesco. La falta de la prueba dentro de un proceso de filiación constituía una vía de hecho, según lo advirtió la Corte Constitucional en Sentencia T-488/99 que resolvió el abuso de un juez que emitió sentencia desestimatoria de filiación habiendo practicado exclusivamente pruebas documentales y testimoniales, aduciendo inconvenientes de tiempo que impidieron la práctica de la prueba antropo heredobiológica en el ICBF.

### 3. La ley 721 de 2001.

Cuando se terminó de descifrar el mapa genético, en junio de 2000, los gobiernos del mundo comprendieron que se había dado un vuelco a las investigaciones en genes humanos. Por primera vez se vislumbró la posibilidad de descubrir el tratamiento para enfermedades hereditarias u otros flagelos como el cáncer. Al mismo tiempo, se alertó sobre la posibilidad de realizar experimentos de ingeniería genética que atentaran contra la propia humanidad. Dentro de lo positivo, los avances sobre el genoma humano permitirían establecer la responsabilidad penal de los homicidas y el origen familiar de los hijos a quienes sus padres no reconocían voluntariamente como matrimoniales o extramatrimoniales.

Según lo explica Matt Ridley <sup>2</sup> el cuerpo humano contiene aproximadamente cien billones de células, la mayoría de las cuales tiene un pequeñísimo diámetro de una décima de milímetro. Dentro de cada célula hay un corpúsculo negro llamado núcleo y dentro de él se encuentran dos series completas del genoma humano. Una serie del genoma procede de la madre y otra del padre. En principio, cada serie comprende los mismos treinta mil o ochenta mil genes en los mismos veintitrés cromosomas. Los genomas están escritos enteramente con palabras de tres letras utilizando sólo cuatro: A; C; G y T –que significan adenina, citosina, guanina y timina-. En vez de estar escritas en páginas planas, están escritas en largas cadenas de azúcar y fosfato llamadas moléculas de ADN, así, cada cromosoma está constituido por un par de

larguísimas moléculas de ADN. En palabras resumidas: los genes, que se encuentran en los veintitrés cromosomas principales, están hechos –en su mayoría-, de ADN<sup>3</sup>. Lo anterior quiere decir, que la prueba genética que se practica hoy en día es una prueba sobre los genes de los individuos, lo que la hace especialmente propicia para descubrir relaciones de parentesco.

El legislador Colombiano se apresuró a admitir la prueba de marcadores genéticos de ADN como medio de prueba. Fue así como solo un año después de completado el mapa genético se expidió la ley 721 de 2001, dando una confiabilidad absoluta a sus resultados.

En efecto, el sentido de la ley parece ser el de darle a la prueba de ADN el valor de atribuir paternidad por encima de cualquier consideración extra. Si el resultado es de 99.99% se establecerá sin lugar a otras pruebas la filiación, para demostrar la exclusión de la paternidad o maternidad deberá estarse por debajo del porcentaje indicado en la ley sin que se diga en la norma cuál es ese índice o límite que sirve para descartar la filiación.

Esta posición de confianza absoluta en el porcentaje del 99.99% lo respalda la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad –que como sabemos tiene efectos *erga omnes*-, número C-808 de 2002 al decir:

“Con fundamento en la prueba de ADN la decisión judicial (...) solo tiene dos opciones: (i) si del resultado de la prueba se concluye la paternidad o la maternidad, obviamente el juez deberá declarar probada la existencia de uno de tales vínculos, señalando el padre o la madre verdaderos; (ii) por el contrario, si del resultado de la prueba se determina que el demandado no es el padre o madre, o que el índice de probabilidad de la prueba no arroja el 99.9% de certeza, por fuerza deberá absolverse al demandado.”

La absolución del demandado no puede ser total según mi criterio porque *¿qué sucede si otras pruebas, pedidas y decretadas dentro del proceso, muestran filiación?* En ningún aparte de la ley 721 del 2001 se derogaron expresamente las presunciones del artículo 8 de la ley 75 de 1968 y tampoco se dice que la prueba científica de marcadores genéticos será la “única” usada en litigios de filiación.

Según lo anterior, debe admitirse que en resultados inferiores al 99.99% puede determinarse filiación siempre y cuando otras pruebas lo acrediten. Y según la sentencia referida, el caso de índices del 99.99% o superiores debe declararse la paternidad por la contundencia de la prueba. En este sentido, el resultado científico debe asumirse como indicador de paternidad.<sup>4</sup> Hasta aquí, la jurisprudencia era clara en que los medios de prueba que constituyen

las presunciones de la ley 75 de 1968 eran de recibo para índices inferiores al 99.99% y que omitirlas constituía una vía de hecho inobjetable, pero que eran inaceptables cuando la prueba de ADN concluyera en porcentajes superiores.

Afortunadamente, la posición de la Corte cambió con la sentencia C-476 del 10 de mayo de 2005, que reconoció la conveniencia de admitir testimonios y otras pruebas indirectas junto con la de ADN *así el resultado de la misma fuera del 99.99%*. La demanda respondió a un ataque de institucionalidad que se le hizo al artículo 3 de la Ley 721/01<sup>5</sup> considerándolo exequible por las siguientes razones: La prueba científica no es indiscutible y única prueba de paternidad porque su eficacia es del 99.99% y no del 100% por lo tanto, algo de duda queda que puede ser suplida por las pruebas testimoniales y documentales que complementen este porcentaje de certeza dentro del proceso. La prueba científica no puede quitarle al juez sus funciones ni a los particulares la oportunidad de oponerse a ella, y por lo tanto no es cierto que ante un 99.99% indicativo de paternidad deba la sentencia reconocer el parentesco.

Al contrario, una vez despachada la prueba el demandado puede discutir la idoneidad científica de quienes la practicaron, incluyendo a los laboratorios, o recusando a los peritos cuando no se declararon impedidos, o debatiendo la prueba en eventos donde la seguridad del resultado puede variar como es el caso de tomas genéticas a cadáveres exhumados, en fin, permitiéndole al demandado pedir aclaración y si es del caso tachar la prueba por error grave.

Vale resaltar que aparte de este cuestionamiento a la efectividad del 99.99% la Corte insistió también en que los medios probatorios de la Ley 75 de 1968 eran aceptables aún en estos niveles de probabilidad. Esta última posición de la Corte es más acertada porque permite cuestionar la efectividad del resultado y porque rescata la libre valoración de la prueba que estaba, según mi criterio, sacrificada ante una mala interpretación de la Ley 721 del 2001.

#### **4. La práctica de la prueba y los derechos fundamentales del demandado**

La doctrina ha criticado la redacción de la Ley 721/01 en el sentido de que parece redactada por personas que no son abogados ya que se desconocieron realidades constitucionales como que nadie puede ser obligado a practicarse una prueba porque el cuerpo es inviolable y el sujeto es titular de un derecho exclusivo sobre su humanidad; por otro lado, la notificación del auto admisorio de la demanda a la cual se refiere el artículo 8 de la tan citada ley, no es otro que la prevención de que la reincidencia a la práctica de la prueba se apreciaría como un indicio en contra y no que se asuma automáticamente la paternidad.

Así las cosas, el único medio de conducción posible del demandado a la toma de la prueba es el del numeral 3 del artículo 225 del CPC, esto es la del testigo que desatiende la orden del juez, pero en ningún caso el arresto, la captura ni la comparecencia forzada propia del derecho penal. A lo sumo, por la no comparecencia, el juez podrá imponer multa hasta de diez salarios mínimos legales vigentes, que es lo autorizado en estos casos de desobediencia a las ordenes judiciales.<sup>6</sup>

Esta posición es ciertamente respetuosa de los derechos del presunto padre, sin embargo, la no comparecencia de los presuntos padres es casi un fenómeno cultural. Así lo reseñó el periódico El Tiempo<sup>7</sup> al decir que solo el 62% de los hombres citados en el país asisten a la práctica de la prueba genética. Esta circunstancia hacen que el juez acuda, por mandato de la misma ley 721 a las pruebas secundarias mencionadas en la Ley 76 de 1968, comprobando una vez más que las presunciones que ella contempla no fueron derogadas por la prueba científica, pero despachando justicia sin la certeza de al prueba genética.

Para aclarar esta situación, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de junio de 2005, estableció algo novedoso, y es que hay nulidad en el proceso cuando el juez actúa negligentemente por violación al numeral 6 del artículo 140 del C.P.C. Aparte de lo anterior conmina al juez a que asuma su papel de director del proceso y como tal no se conforme con acudir de inmediato al indicio de establecer parentesco por la renuencia del encartado sino que procure, por todos los medios posibles, que la prueba se practique, inclusive acudiendo a medidas tan extremas como el arresto de la persona renuente, la inspección judicial sobre la persona del demandado, sobre el domicilio o lugar de trabajo para obtener objetos o material humano como saliva o cabellos para recaudar el material genético. Estas diligencias, concluye la Corte, deben realizarse bajo el respeto a la dignidad del sujeto y en el marco del estado social de derecho y como manifestación del supremo deber de colaborar con la justicia que tenemos todos los ciudadanos. Ni siquiera objeciones de conciencia como las que pueden surgir de reservas religiosas, intelectuales o políticas pueden servir de rodela para excusar el cumplimiento de este deber<sup>8</sup>. Lo anterior reforzado además por la consideración de que el derecho de los niños es prevalente frente a los de los demás.

##### **5. El valor económico de la prueba**

Otro reto debe asumir la justicia para el éxito de la prueba es el hecho de que actualmente solo tres laboratorios, aparte de Medicina legal, están avalados para efectuar pruebas de paternidad o maternidad por ADN. Estas son: el laboratorio de la Universidad Tecnológica de Pereira, el de la Universidad de Antioquia y el de los Médicos Yunis Turbay, en Bogotá. Esta es la razón por la

cual existan, a agosto de 2004 veintidós mil exámenes pendientes de practicar, estando a la espera de que la convocatoria que abrió en ese mismo mes el ICBF se llene con los laboratorios que ofrezcan las garantías señaladas en la ley 721. Para la realización de las mismas, informan los medios <sup>9</sup>, el Estado invertirá 4.034 millones de pesos, desembolso que es absolutamente necesario por la gratuidad de la prueba en la primera oportunidad existan o no recursos por parte de la parte interesada, gratuidad que se extiende inclusive en la segunda toma si es que es pedida bajo el amparo de pobreza. El juez, en este último caso la decretará para superar cualquier duda que haya ocasionado la primera con cargo al solicitante que no hizo uso del amparo de pobreza, y para cobrarla posteriormente dentro de las costas del proceso, lo anterior quiere decir que el experticio será a cargo del tesoro nacional en la gran mayoría de los casos <sup>10</sup>.

## CONCLUSIONES

La prueba de marcadores genéticos de ADN no ha desplazado las presunciones de la ley 75 de 1968, a las que debe recurrir el litigante para evitar que el porcentaje inferior al 99.99% y una interpretación exégeta de la norma determine la filiación en situaciones que pueden llegar a ser injustas.

La prueba científica de marcadores genéticos de ADN debe usarse para indicar filiación si supera el 99.99% y aún en ese caso admite que los litigantes la tachen por error grave a la vez que le impone el deber al juez de practicar otras pruebas solicitadas por las partes. Con más veras, la prueba de ADN con porcentajes inferiores al 99% no es apta para descartar paternidades automáticamente si el índice es inferior al mencionado y si se ha probado filiación por otros medios legales.

Mientras la Corte Constitucional ha variado su posición al punto de conceder falibilidad a la prueba de ADN la Corte Suprema de Justicia parece confiar absolutamente en ella cuando obliga al juez a practicarla haciendo uso de métodos que algunos califican de inconstitucionales, como es la toma de muestras con arresto del demandado o la intromisión en el domicilio o el lugar de trabajo para obtener material genético.

La falta de recursos económicos del país hace que indirectamente se violen los derechos fundamentales que confiere la filiación, los mismos que pretendió proteger la prueba científica. En otras palabras, la contundencia de la realidad social derrota las buenas intenciones legislativas y las hace inoperantes.

## BIBLIOGRAFÍA

[www.externado.edu.co/derechoyvida/](http://www.externado.edu.co/derechoyvida/)

[www.mail-archive.com](http://www.mail-archive.com)

Sentencia T-004/98

Sentencia T-488/99

Sentencia C-109/95

Sentencia C-808/02

Sentencia del 28 de junio de 2005, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

RIDLEY, Matt. Genoma. La autobiografía de una especie en 23 capítulos. Taurus, Madrid, 20002.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Sentencias T-488/99, T-004/98, C-109/95
- 2 Ridley, Matt. Genoma. La autobiografía de una especie en 23 capítulos. Taurus, Madrid, 2000. Pág. 18 y 19.
- 3 En su mayoría, porque algunos virus utilizan ARN una sustancia ligeramente distinta al ADN.
- 4 Sentencia C-808 de 2002.
- 5 Art. 3.- Solo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente.
- 6 Alarcón, Fernando. ([www.uexternado.edu.co/derechoyvida/](http://www.uexternado.edu.co/derechoyvida/))
- 7 El Tiempo, agosto 11 de 2004 ([www.mail-archive.com](http://www.mail-archive.com))
- 8 Sentencia del 28 de junio de 2005, Corte Suprema de Justicia.
- 9 El Tiempo, agosto 11 de 2004. ([www.mail-archive.com](http://www.mail-archive.com)).
- 10 Al respecto vease Sentencia C-808 de 2002.

# Identidad, ciudadanía y política

Para repensar nuestras prácticas feministas en los  
inciertos contextos de hoy

Doris Lamus Canavate

## **IDENTIDAD, CIUDADANÍA Y POLÍTICA**

AUTOR: Doris Lamus Canavate

DIRECCION: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas

FECHA DE RECEPCIÓN: Marzo 9 de 2006

DESCRIPTORES: Chantal Mouffe, Ernesto Laclau, feminismo, identidad, ciudadanía

RESUMEN: La autora explora básicamente los textos de Chantal Mouffe. Dos líneas de trabajo se destacan en su producción como filósofa y feminista: el desarrollo de la propuesta junto con Ernesto Laclau formula en *Hegemonía y estrategia socialista* (1985) y la de una teoría de la democracia radical y pluralista que sirven de marco a sus discusiones y aportes al feminismo. En estas notas procura puntualizar sus planteamientos alrededor de los temas de identidad y ciudadanía en su concepción de una democracia radical y pluralista.

KEY WORDS: Chantal Mouffe, Ernesto Laclau, .feminism, identity, citizenship

ABSTRACT: The author explores texts of Chantal Mouffe basically. Two lines of work honor in her production like philosopher and feminist: the development of the proposal, along with Ernesto Laclau, formulates in *Hegemony and socialist strategy* (1985) and the one of a radical and pluralist theory of democracy in her discussions and contributions to the feminism serve as frame to. In these notes she tries to emphasize her expositions around the identity subjects and citizenship in her conception of a radical and pluralist democracy.



# Identidad, ciudadanía y política

Para repensar nuestras prácticas feministas en los inciertos contextos de hoy

---

Doris Lamus Canavate

Quiero explorar básicamente los textos de Chantal Mouffe por los aportes a nuestra discusión. Dos líneas de trabajo se destacan en su producción como filósofa y feminista: el desarrollo de la propuesta junto con Ernesto Laclau formula en *Hegemonía y estrategia socialista* (1985) y la de una teoría de la democracia radical y pluralista que sirven de marco a sus discusiones y aportes al feminismo.

En estas notas procuro puntualizar sus planteamientos alrededor de los temas de identidad y ciudadanía en su concepción de una democracia radical y pluralista.

## **Sobre la identidad:**

Tesis: «Toda identidad se establece por relación». «La condición de existencia de toda identidad es la afirmación de una diferencia, la determinación de algún otro»<sup>1</sup>. Y esa afirmación o determinación funciona como su exterior (Derrida).

Lo que Mouffe está sustentando en esta tesis es el punto de partida para comprender el surgimiento del antagonismo como inevitable o siempre presente en todo proceso o relación social.

Veamos como explica este proceso: la construcción de una identidad implica el establecimiento de unas jerarquías. En el campo de las identificaciones colectivas, la definición de un «nosotros» implica también, necesariamente, la definición de un ellos, es decir, existe siempre la posibilidad del antagonismo.

Así, lo que se percibe de modo simple como diferencia, se convierte en la percepción de amenaza, negación o cuestionamiento de mi identidad y mi existencia. De esta manera, cualquier relación -religiosa, económica, étnica- se hace POLÍTICA<sup>2</sup>.

Esta visión de la identidad transforma las maneras convencionales de entender la política, por lo cual Mouffe prefiere diferenciarla de «lo político» que define como «dimensión inherente<sup>3</sup> a toda sociedad humana y que proviene de nuestra condición ontológica en sí», en oposición a la idea de la política instalada en ciertas instituciones (Estado, partidos) o en ciertas «esferas», o niveles de la sociedad<sup>4</sup>.

### **De la política a lo político:**

Mouffe<sup>5</sup> establece una distinción -por supuesto existen otras- entre:

«lo político», ligado a la dimensión de antagonismo que existe siempre en las relaciones humanas, que se manifiesta como diversidad de las relaciones sociales, y

«la política», que apunta a establecer un orden, a organizar la coexistencia humana en condiciones que son siempre conflictivas, pues están atravesadas por «lo político».

La política consiste siempre en «domesticar» la hostilidad, en tratar de neutralizar el antagonismo potencial que acompaña toda construcción de identidades colectivas. Pero no es la mejor idea de democracia la que supone suprimir el antagonismo y que, por tanto, define al otro/a como «enemigo» que hay que eliminar.

Lo político no excluye el conflicto, el antagonismo «inherente» a las relaciones humanas, lo que implica también una relación no con un enemigo, sino con un *adversario*:

la confrontación sobre las diferentes significaciones que se ha de atribuir a los principios democráticos, instituciones y prácticas en las que se

concreten, es lo que constituye el eje central del combate político entre adversarios, en el que cada uno reconoce la imposibilidad de que el proceso agonístico llegue alguna vez a su fin...

### **La democracia incierta:**

Pensar la democracia como el resultado necesario de una evolución moral de la humanidad, como producto del «progreso» y la «civilización occidental» es tan esencialista como otras posturas desde el pensamiento liberal. «La democracia no es normal ni natural; es un proyecto improbable e incierto»<sup>6</sup>.

Mouffe plantea el enigma y la paradoja que constituyen la articulación entre **liberalismo** y **democracia**.

Uno y otro, comportan dos lógicas; el liberalismo define la libertad, la diferencia, el pluralismo, en tanto que la democracia define la igualdad, la identidad y la equivalencia. Existe una tensión inevitable que contiene **lo político**, entre liberalismo y democracia que no debe ser eliminada (mediante la supresión del conflicto, del antagonismo), en tanto propone la democracia pluralista como régimen apropiado para la indeterminación de la política moderna<sup>7</sup>, frente a otras dos opciones posibles: la fusión completa (la totalización y homogenización, por el lado de la igualdad), o la separación total frente a los/ las otras, frente a toda alteridad como enemigo/a.

### **Preservar la tensión: Antagonismo y agonismo en la democracia pluralista**

La propuesta de la radicalización de la democracia pluralista de Mouffe ve en la tensión inserta en el pensamiento liberal y democrático el problema de que cada uno de estos extremos niega el otro: preservar la diferencia o lograr la equivalencia. Su propuesta lógica para las condiciones actuales de explosión de identidades múltiples, diversas y nómadas, es mantener la tensión, preservarla, recrearla, negociarla y entender entonces la democracia como posibilidad no realizada, como imposibilidad radical de cumplimiento final, como completud imposible, siempre abierta a las nuevas condiciones y necesidades de la existencia humana, nunca bien satisfechas<sup>8</sup>.

### **Identidad y feminismo<sup>9</sup>.**

Mouffe retoma el debate sobre el lugar del sujeto, de la categoría sujeto, en la construcción de identidades, en oposición a las ideas esencialistas que

abandonan esta categoría entendiendo el sujeto como «entidad transparente y racional que podría otorgar un significado homogéneo al campo total de la conducta por ser la fuente de la acción»<sup>10</sup>. Al respecto sostiene que el psicoanálisis y más recientemente Lacan, por ejemplo, han mostrado al sujeto, no sólo como el lugar de la carencia, de la incompletud, sino la historia del sujeto como la historia de sus identificaciones: «no hay identidad oculta que deba ser rescatada»<sup>11</sup>.

Hay por tanto un doble movimiento: por un lado un movimiento de descentramiento que evita la fijación de un conjunto de posiciones alrededor de un punto preconstituido. Por el otro, y como resultado de esta inestabilidad esencial, se desarrolla el movimiento contrario: la institución de puntos nodales, fijaciones parciales que limitan el flujo del significado por debajo del significante. Pero esta dialéctica de inestabilidad/fijación sólo es posible porque la inestabilidad no está dada de antemano, porque ningún centro de subjetividad precede a las identificaciones del sujeto<sup>12</sup>.

Dicho de otra manera y frente a posturas esencialistas, propone concebir al sujeto no como el lugar de una identidad preconstituida, esencial o universal sino como conjuntos de identidades parciales e inestables, no ancladas a ningún centro de subjetividad u objetivación que antecede a las identificaciones del sujeto mismo<sup>13</sup>.

Lo que propone Mouffe a las feministas que compartan una visión de la democracia radical, es la necesaria deconstrucción de las identidades esenciales para poder acceder a una comprensión adecuada de las diversas relaciones sociales donde se han de aplicar los principios de libertad e igualdad, fundamentos éstos de un pensamiento democrático<sup>14</sup>. Esta es la clave para entender las diversas formas de dominio/subordinación en las que se pueden ver inmersas no sólo las mujeres como género, sino en muchas otras relaciones sociales:

Un individuo aislado puede ser el portador de esta multiplicidad: ser dominante en una relación y estar subordinado en otra. Podremos entonces concebir al agente social como una entidad constituida por un conjunto de «posiciones de sujeto» que no pueden estar nunca totalmente fijas en un sistema cerrado de diferencias; una entidad construida por una diversidad de discursos entre los cuales no tiene que haber necesariamente relación, sino **un movimiento constante de sobredeterminación y desplazamiento**<sup>15</sup>. La «identidad» de tal sujeto

múltiple y contradictorio es por lo tanto siempre contingente y precaria, fijada temporalmente en la intersección de las posiciones de sujeto y dependiente de formas específicas de identificación. Es por lo tanto imposible hablar del agente social como si estuviéramos lidiando con una entidad unificada, homogénea. En lugar de eso, tenemos que aproximarnos a él como una pluralidad, dependiente de las diversas posiciones de sujeto a través de las cuales es constituido dentro de diferentes formaciones discursivas. Y reconocer que no hay una relación *a priori*, necesaria, entre los discursos que construyen sus diferentes posiciones de sujeto. Pero, por las razones apuntadas arriba, esta pluralidad no implica la coexistencia, punto por punto, de una pluralidad de posiciones de sujeto, sino más bien **la constante subversión y sobredeterminación de una por las otras**<sup>16</sup>, lo cual hace posible la generación de «efectos totalizantes» dentro de un campo que se caracteriza por tener fronteras abiertas e indeterminadas<sup>17</sup>.

La propuesta derivada de la interpretación teórica de la democracia plural y radical planteada ya desde 1985 en *Hegemonía y estrategia socialista*, aboga por el establecimiento de *cadena de equivalencias* entre las diferentes luchas democráticas de las mujeres, los negros, los trabajadores, los homosexuales, entre otros -con mayor razón entre grupos de mujeres con diferentes propuestas- y aquí el asunto decisivo es la *articulación*.

El tipo de vínculo que establece una relación contingente, no predeterminada, entre varias posiciones de sujeto, es lo que entienden por *articulación*; sin embargo, estas articulaciones no desconocen los vínculos históricos y los esfuerzos por constituirlos entre distintas posiciones de sujeto en el campo de la política, mediante discursos que tratan de proveer tales articulaciones.

... cada posición de sujeto se constituye dentro de una estructura discursiva esencialmente inestable, puesto que se somete a una variedad de prácticas articuladoras que constantemente la subvierten y transforman. Por eso no hay ninguna posición de sujeto cuyos vínculos con otras estén asegurados de manera definitiva y, por lo tanto, no hay identidad social que puedan ser completa y permanentemente adquirida. Eso no significa, sin embargo que no podamos retener nociones como «clase trabajadora», «varones», «mujeres», «negros» y otros significantes que se refieren a sujetos colectivos<sup>18</sup>.

No obstante, descartada la idea de una esencia común, su unidad debe ser concebida en términos de una «fijación parcial de identidades mediante la

creación de puntos nodales (el lugar del cruce, de la superposición o sobredeterminación de varias posiciones de sujeto)<sup>19</sup>.

Desde esta perspectiva, Mouffe cambia el foco de nuestras preguntas:

Si la categoría «mujer» no corresponde con ninguna esencia unitaria y unificadora, el problema ya no debe seguir siendo tratar de descubrirla. Las cuestiones centrales vienen a ser: ¿cómo se construye la categoría «mujer» como tal dentro de diferentes discursos?, ¿cómo se convierte la diferencia sexual en **una distinción pertinente**<sup>20</sup> dentro de las relaciones sociales?, y ¿cómo se construyen relaciones de subordinación a través de tal distinción? Todo el falso dilema de la igualdad *versus* la diferencia se derrumba desde el momento en que ya no tenemos una entidad homogénea «mujer» enfrentada con otra entidad homogénea «varón», sino una multiplicidad de relaciones sociales en las cuales la diferencia sexual está constituida siempre de muy diversos modos, y donde la lucha en contra de la subordinación **tiene que ser planteada en formas específicas y diferenciales**<sup>21</sup>. La pregunta de si las mujeres tienen que volverse idénticas a los hombres para ser reconocidas como iguales, o la de si tienen que afirmar su diferencia al costo de la igualdad, aparece como pregunta sin sentido una vez que las identidades esenciales son puestas en cuestión<sup>22</sup>.

### Ciudadanía y feminismo

Mouffe revisa con detenimiento los debates entre las feministas liberales y las feministas maternalistas, subrayando las limitaciones de tales perspectivas de la ciudadanía, para proponer su postura liberal radical y plural que no pretende superar las limitaciones del proyecto de la democracia liberal porque es en esa inconsistencia donde encuentra su «virtud». «Quiero argumentar que las limitaciones de la concepción moderna de ciudadanía no van a superarse si en su definición se vuelve políticamente irrelevante la diferencia sexual, sino al construir una nueva concepción de ciudadanía en la que la diferencia sexual se convierta en algo **efectivamente no pertinente**»<sup>23</sup>.

A partir de su concepción del agente social como la articulación de un conjunto de posiciones de sujeto correspondientes a la multiplicidad de las relaciones sociales en que se inscribe, la autora propone entender que siendo las formas de articulación precarias y contingentes, no hay razón para que en ellas la diferencia sexual tenga que ser pertinente en todas las relaciones sociales. Aunque hoy se reconocen en prácticas, discursos e instituciones la distinción

masculino/femenino y esta distinción es pertinente en muchos campos, ello «no quiere decir que así tenga que seguir siendo, y nos podemos imaginar perfectamente bien la posibilidad de que la diferencia sexual se convierta en algo irrelevante en muchas de las relaciones sociales en que actualmente es relevante»<sup>24</sup>.

Y no está abogando por la total desaparición de la diferencia sexual como distinción pertinente, ni está promoviendo alguna clase de neutralidad entre los géneros. Su tesis es que,

en el dominio de lo político y por lo que toca a la ciudadanía, la diferencia sexual no debe ser una distinción pertinente. Estoy de acuerdo con Pateman en su crítica de la concepción liberal, masculina, de la ciudadanía moderna, pero creo que un proyecto de democracia radical y plural no necesita un modelo de ciudadanía sexualmente diferenciado en el que las tareas específicas de hombre y mujeres sean valoradas con equidad, **sino una concepción verdaderamente diferente de qué es ser un ciudadano y de cómo actuar como miembro de una comunidad política democrática**<sup>25</sup>.

#### **La ciudadanía en la visión de una democracia radical y plural**

Mouffe entiende la ciudadanía como una forma de identidad política que consiste en la identificación con los principios políticos de la democracia moderna pluralista, es decir, en **la afirmación de la libertad y la igualdad para todos**. Una identidad política común entre personas comprometidas en muy diversas empresas y con diferentes concepciones del bien, pero vinculadas las unas a las otras por su común identificación con una interpretación dada de un conjunto de valores ético-políticos.

La ciudadanía, dice, no es sólo una identidad entre otras, como en el liberalismo ni es la identidad dominante que anula a todas las demás, como en el republicanismo cívico.

Es en cambio, **un principio articulador** que afecta las diferentes posiciones de sujeto del agente social al tiempo que permite una pluralidad de lealtades específicas y el respeto de la libertad individual. En esta visión, la distinción público/privado no se abandona, sino que se construye de una manera diferente. La distinción no corresponde a esferas discretas, separadas; cada situación es un encuentro entre lo «privado» y lo «público», puesto que **cada empresa es privada aunque**

**nunca sea inmune a las condiciones públicas prescritas por los principios de la ciudadanía.** Los deseos, decisiones y opciones son privados porque son responsabilidad de cada individuo, pero las realizaciones de tales deseos, decisiones y opciones son públicas, porque tienen que restringirse dentro de condiciones específicas por una comprensión específica de los principios ético-políticos del régimen que provee la «gramática» de la conducta de los ciudadanos (Ver Mouffe, 1992)<sup>26</sup>.

Como bien señala la autora, en esta visión hay que reconocer que existen tantas formas de ciudadanía como interpretaciones de los principios de la democracia puedan darse, y **una interpretación democrática radical enfatizará en las numerosas relaciones sociales en las que existen situaciones de dominación que deben ser puestas en cuestión, si se aplican los principios de libertad e igualdad**<sup>27</sup>.

Mouffe propone una visión que se distancia tanto de la libertad como de la republicana cívica, señalando las limitaciones y los peligros de una y otra, y en la que el reconocimiento de las múltiples interpretaciones de los principios de libertad e igualdad, conduce a la aceptación de que una comunidad política completamente inclusiva jamás podrá existir.

Siempre habrá un «afuera constitutivo», un exterior a la comunidad que es la condición misma de su existencia. Una vez admitido que no puede haber un «nosotros» sin un «ellos» y que todas las formas de consenso están basadas por necesidad en actos de exclusión, el problema ya no puede ser la creación de una comunidad completamente inclusiva, donde el antagonismo, la división y el conflicto desaparecen. Por lo tanto, tenemos que aceptar la imposibilidad de una realización total de la democracia<sup>28</sup>.

Frente a algunas feministas y su visión de la política, (Young, 1987 y 1989), sostiene que **la política no se dedica a la construcción de nuevas identidades, sino a encontrar caminos para satisfacer las demandas de las diferentes partes de una manera aceptable para todos.** Aquella interpretación de la política la concibe como proceso de enfrentamiento entre intereses e identidades ya constituidas, en tanto que en su interpretación,

El objetivo de una ciudadanía democrática radical debe ser la construcción de una identidad política común que habría de crear las condiciones para el establecimiento de **una nueva hegemonía**

**articulada mediante nuevas relaciones, prácticas e instituciones sociales igualitarias.** Esto no puede ser conseguido sin la transformación de las posiciones de sujeto existentes<sup>29</sup>.

Lo que sostiene es que no basta el diálogo entre diferentes grupos oprimidos. Para que sus demandas sean construidas alrededor de un principio de equivalencia democrática (cadena de equivalencias mediante articulaciones entre posiciones de sujetos diversos), tienen que crearse nuevas identidades, mediante un proceso político de articulación hegemónica (Gramsci), y no de simple comunicación libre y sin distorsiones (Habermas).

En consecuencia, *la política feminista*, según Mouffe, debe ser entendida

no como una forma de política, diseñada para la persecución de los intereses de las mujeres como mujeres, sino más bien como la persecución de las metas y aspiraciones feministas dentro del contexto de una más amplia articulación de demandas. Estas metas y aspiraciones podrían consistir en la transformación de todos los discursos, prácticas y relaciones sociales donde la categoría mujer está construida de manera que implica subordinación. Para mí, señala, el feminismo es la lucha por la igualdad de las mujeres. Pero esta no debe ser entendida como una lucha por la realización de la igualdad para un definible grupo empírico con una esencia y una identidad común, «las mujeres», sino más bien como una lucha en contra de las múltiples formas en que la categoría «mujer» se construye como subordinación<sup>30</sup>.

Aclara, sin embargo, que debemos estar conscientes del hecho de que las metas feministas pueden ser construidas de muy diferentes maneras, de acuerdo con la multiplicidad de los discursos en los cuales pueden ser enmarcadas. Luego hay que aceptar los diversos feminismos y abandonar la búsqueda de la «verdadera» política feminista.

Por ello concluye que su propia interpretación no es sino una más adecuada que otras en tanto permite comprender la diversidad de maneras en que se construyen las relaciones de poder y que nos ayuda a revelar las formas de exclusión presentes en toda pretensión de universalismo y en los alegatos que dicen haber encontrado la verdadera esencia de la racionalidad<sup>31</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

Mouffe, Chantal, « Feminismo, ciudadanía y política democrática» pp. 33-54 y «Por una política de la identidad nómada», pp. 285-298, en Lamas, Martha (compiladora), *Ciudadanía y Política*, México, Unifem, Debates Feministas, Ife, 2001.

Mouffe, Chantal, *El retorno de lo político*, Buenos Aires: Paidós, 1999, p. 13-14;17-19.

Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal. *Hegemonía y Estrategia Socialista*, Siglo XXI, Madrid, 1987.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1 «Por una política de la identidad nómada», pp. 288. Esta afirmación tiene una antigua tradición en la sociología cuyo representante más reconocido en su momento fue R. Dahrendorf.

2 Cfr. 288. Ver más adelante la definición de político y las raíces de la palabra (*polis, polemos*).

3 No se si se trate de un problema de traducción, pero creo que la idea de inherencia puede llevar por los caminos de los esencialismos que critica la autora.

4 Cfr. «Por una política...», p. 289. Ver más al respecto en *El retorno de lo político* y en el capítulo 3 de *Hegemonía y Estrategia Socialista*.

5 Mouffe, Chantal, *El retorno de lo político*, Buenos Aires: Paidós, 1999, p. 13-14;17-19. Según Mouffe esta definición tiene el mérito de establecer un lazo entre las dos raíces comunes del término: *pólemos* y *polis*.

6 «Por una política ...», p. 290.

7 *Idem.*, p. 294.

8 Cfr. *Idem.*

9 « Feminismo, ciudadanía y política democrática», en Lamas, Martha (compiladora), *Ciudadanía y Política*, México, 2001, pp. 33-54.

10 *Ibid.* p. 35.

11 *Idem.*

12 *Idem.*

13 La idea de sujetos o subjetividades preconstituidas hace referencia a definiciones a partir de categorías con pretensiones universales, como la de la clase en el marxismo, o la del sujeto racional cartesiano e ilustrado y estaría la otra visión de identidades constituidas a partir de definiciones desde la experiencia de grupos específicos: mujeres, indios, negros, gays, etc., unas y otras con una fuerte carga esencialista, si se las asume como fijas y universales.

14 p. 36.

15 Subrayado mío, dlc.

16 Subrayado mío, dlc.

17 p. 37.

18 p. 38.

19 *Idem.*

20 subrayado mío, dlc.

21 subrayado mío, dlc.

22 p. 38 y 39. Aquí remite a Scott, Joan, para una discusión similar. Y es posible que también coincida con la discusión de Fraser sobre la igualdad y la diferencia.

23 p. 44.

24 *Idem.* Subrayado mío, dlc.

25

26 p. 46, la autora remite aquí a su texto de 1992 «Democratic Citizenship and The Political Community», en *Dimensions of Radical Democracy, Pluralism, Citizenship, Community*, Verso, Londres.

27 p. 47.

28 p. 14.

29 p. 49.

30 p. 51.

31 p. 52.

# Derecho de Hoy

La interdisciplinariedad del derecho

Antonio Bohórquez O.

**DERECHO DE HOY**

AUTOR: Antonio Bohórquez Orduz

DIRECCION: anbohord@unab.edu.co

FECHA DE RECEPCIÓN: Mayo 3 de 2006

DESCRIPTORES: Juez, Colombia, proceso, ciencia, peritazgo.

RESUMEN: El Juez a la hora de resolver debe conocer los fundamentos básicos de la ciencia o arte o la actividad que constituye el entorno del conflicto. Al menos en un nivel que le permita entender una peritación, y no atenerse solo a fallar en derecho.

KEY WORDS: Judge, Colombia, process, science, judgment suggestion

ABSTRACT: The Judge at the time of solving must know the basic foundations of the science or art or activity that constitutes the surroundings of the conflict. At least in a level that allows to understand a peritación scientific advice.



# Derecho de Hoy

## La interdisciplinarietà del derecho<sup>1</sup>

---

Antonio Bohórquez O.

**P**ara tratar de explicar qué es el Derecho, los pensadores han utilizado diversas alegorías tales como el conjunto, la pirámide, un edificio u obra, una herramienta, un lenguaje, una malla o red, y otras representaciones más, todas igualmente subyugantes. No hay duda de que han sido buenos recursos, pero nunca satisfactorios, pues ni es simplemente un conjunto de normas, ni una pirámide, ni un edificio, ni un lenguaje, ni una red, ni un instrumento, sino todos ellos y otros símbolos más, pues cada uno de éstos explica solamente una de las características que exornan al Derecho. Vamos a intentar describir nuestra visión, con cierto criterio pragmático, a partir de lo que percibimos como la realidad, sin dejar de reconocer que puede no ser más que eso, una percepción.

Definitivamente no es sólo un conjunto de normas, pues por encima de ellas vamos a encontrar los principios, y, aún más arriba, los valores. Pero, debemos dejar en claro, de entrada, que no creemos que estas dos últimas piezas hayan sido colocadas en posición preponderante por Dios, o por los dioses, o por la naturaleza, o algún ente que haya dado origen al llamado *derecho natura<sup>2</sup>*. No. El derecho natural no existe y jamás ha existido. El Derecho es la cosa más artificial que hemos inventado los hombres. De modo que aquello que conocemos como valores y principios, no son más que expresiones de los más caros anhelos que una comunidad ha creado durante su vida como tal. ¡Pero construcciones humanas y nada más que eso! Sólo que como su arraigo trasciende los siglos, están tan entrelazadas con nuestros esquemas mentales que las tomamos como algo natural,

cuando no son más que elaboraciones de la inventiva humana, y ésta, precisamente, las ha erigido en situación de superioridad respecto de las normas. Nótese que cada civilización, aún las más primitivas y “naturales”, tiene sus propios principios y valores, que evolucionan con el paso del tiempo, que se pierden, a veces definitivamente, a veces por tiempos breves o largos. Algunos son comunes a varios pueblos, pero otros son propios de cada uno. En fin, que son etéreos, inasibles, mutables y muchos calificativos más, cuya explicación no es el momento de acometer.

Pero el Derecho no sólo está compuesto por manifestaciones abstractas como las normas, los principios y los valores. Por el contrario, la inmensa mayoría de su contenido está integrada por presentaciones concretas: relaciones y situaciones jurídicas palpables, entre los ciudadanos, entre éstos y el Estado, entre los entes estatales, de las personas con las autoridades, con las organizaciones sociales, políticas, culturales, económicas y religiosas, con las cosas, con los derechos particulares y colectivos. Es la vida de relación, que se nos presenta como *aplicaciones* de los valores, de los principios y de las normas, aunque no siempre lo sean, pero que, en cualquier caso, constituyen la revelación más tangible de lo que realmente es el Derecho, en términos de lo que interesa al ciudadano del común, no a los académicos, a los abogados o a los políticos.

En el desarrollo de esa realidad cotidiana, el Derecho, cual torrente imparable (¡dale con los símiles!) se mete en los lugares más inopinados e invade, incluso, espacios que antes parecían reservados a la intimidad de las personas o de las familias. Los actos del Estado, los actos de los particulares, las actividades empresariales, o de las organizaciones no gubernamentales, etc., se ven tocados por el Derecho constantemente. Pero el Derecho no permanece puro tras la cita: el lenguaje, la semiología, las costumbres, la ética, el conocimiento de cada actividad en la que se entromete, pasan a ser parte también del Derecho.

Entonces, al tiempo que el Derecho arrastra consigo vestigios de viejas normativas, tanto nuestras como de civilizaciones anteriores, también se va alimentando de la información que las relaciones sociales actuales le van proporcionando. De allí le viene la interdisciplinariedad al Derecho<sup>3</sup> que, al tiempo, necesita de todas las disciplinas y todas las disciplinas precisan de él. No se trata sólo de ciertas “ciencias auxiliares” sino de todas las ciencias. Y éstas no son simplemente auxiliares, sino que se hallan interrelacionadas estrechamente con el Derecho, con dependencia de las circunstancias de cada caso.

Percibimos al Derecho como una manifestación cultural construida a lo largo

de toda la historia de cada pueblo. Las instituciones juridicopolíticas, las normas, las costumbres, los valores, los principios, las aplicaciones abstractas y concretas, las relaciones jurídicas y las situaciones jurídicas, en fin, todos los elementos que integran el Derecho no son un invento de hogaño. Para llegar a donde estamos hemos recorrido caminos, hemos superado avatares, hemos heredado tradiciones y otras las hemos repudiado, hemos librado batallas, ganadas unas, perdidas otras. Y no se puede ignorar que el Derecho de hoy acusa huellas de tan ardua travesía.

Desde ese punto de vista, parece innegable que el Derecho, como manifestación cultural de cada país, se halla influido por las más disímiles corrientes, no sólo en el sentido estricto al que estamos acostumbrados los juristas, de escuelas del pensamiento jurídico y filosófico, sino en el sentido extenso, pues, si se mira bien, el Derecho acusa rastros de los acontecimientos de su pueblo, sociales, económicos, religiosos, políticos y, quizá, con mayor incidencia, de sus pesares y frustraciones, pues las experiencias negativas suelen dejar honda huella no sólo en las personas sino también en las comunidades.

Entonces, el Derecho es y será siempre una amalgama de mil factores, gústenos o no, de la misma manera que lo son otras manifestaciones culturales como la música, la gastronomía o la arquitectura. Un recorrido por nuestros institutos jurídicos nos permitirá otear las huellas romanas, germánicas, francesas, españolas, moriscas, iberoamericanas, norteamericanas y africanas en el Derecho que hoy nos rige. Y otro tanto podrá decirse del Derecho de otros países. El sincretismo, que suele vituperarse en reflexiones de moralidad, en discursos alineados con alguna tendencia ideológica o con ciertos intereses, en estudios teológicos, e incluso en el academicismo más acendrado, ingenuo, tal vez, es esencial a la realidad cotidiana del Derecho, pues éste, al mismo tiempo que invade todos los espacios, se nutre de ellos.

Pero la simbiosis cultural que implica el Derecho de hoy no significa eclecticismo a ultranza. En absoluto. Muchas proposiciones de la modernidad subsistirán en la posmodernidad, como quizá lo seguirán haciendo otras de la era antigua o de la medieval. Igual ocurre con las instituciones. Pero, además, así como no puede negarse la amalgama, tampoco la incompatibilidad. Así, muchas proposiciones e instituciones resultarán transformadas o abrogadas bajo nuevos criterios, dentro de los contextos de cada época.

Pero no ha de entenderse que predicamos cierto determinismo histórico para el Derecho. O alguna utopía de búsqueda de un estado perfecto de las cosas, que pudiera lograrse con el Derecho. No. Sencillamente registramos lo que el Derecho es: una obra lograda a muchas manos, que a veces avanza, que a

veces retrocede. Que se equivoca y que acierta. Que a veces tiene destellos de genialidad y a veces de arbitrariedad. Una obra humana, siempre imperfecta, siempre en construcción. Una red de elementos que se entrelazan y que está formada por piezas que hemos venido poniendo en ella, que incluyen los valores, los principios y las normas con el orden jerárquico piramidal que cada comunidad ha definido según su arbitrio político, que abarca también a las aplicaciones concretas, las cuales tienen mayor relevancia de la que los juristas suelen creer.

El Derecho, por consiguiente, se nutre de la vida, a la cual sirve. Y no parecen quedar intersticios del devenir humano que no tengan que ver con el Derecho o a los cuales el Derecho no haya llegado. Pero, como ya observamos, al tiempo, acoge los signos, las reglas y la semántica de cada actividad humana. Entonces, sin que algún abogado se lo proponga, sin que los actores puedan evitarlo, el Derecho resulta imbricado con, e influido por, la economía, la actividad financiera, la ingeniería, la medicina, lo que quieran. Especialmente porque en cada una de tales actividades hay relaciones jurídicas, hay reglas propias, se celebran contratos, se deshacen compromisos, se engendran conflictos. Y el Derecho ha de intervenir. Y se espera que lo haga de manera adecuada, con las garantías que el sistema político otorga a todos los asociados, pero con conocimiento de causa. La labor del jurista de hoy, y particularmente del juez, es, por consiguiente, muy rigurosa. Un tapaojos, para ver sólo las normas, tiene hoy visos de absurdez. ¡Y qué no decir de una venda en los ojos!

El juez de hoy no puede, como el de antaño, pretextar inexistencia de la ley; pero tampoco puede pretender que la ley resuelva, de manera automática, hasta en sus últimos detalles, el litigio que le ha sido entregado para composición. Al juez no le basta conocer los valores, los principios y las normas. Tampoco le es suficiente con dominar los antecedentes de aplicaciones anteriores, hechas por la doctrina y la jurisprudencia. El juez deberá acercarse al conocimiento de cada disciplina, profesión u oficio, o de cada actividad en la cual se halle inmerso el conflicto, para poder entenderlo y ofrecer una solución plausible.

En cierta época se oyó en Colombia el pregón de un ilustre magistrado de la Corte Constitucional, que respondía a los críticos de ciertas decisiones muy controversiales "la Corte no necesita saber economía, pues sus fallos se producen en Derecho". Se acusaba a la Corte de ser ignorante en materias económica y financiera y a fe que lo fue en las memoradas sentencias<sup>4</sup>. La frase del magistrado lleva implícito el reconocimiento. Y no puede ponerse en duda su buena fe al creer que obraba y argumentaba correctamente. Pero, su equivocación es ciertamente mayúscula y la afirmación citada, una enorme

irresponsabilidad. No sólo porque la Corte Constitucional sí debe saber economía (los conceptos básicos, para entender, al menos, sobre qué está resolviendo, pues de lo contrario corre el mismo riesgo del juez que dictase sus fallos en un idioma que no conoce) sino porque una afirmación de tal catadura, en boca de un magistrado de alta corte, constituye un mensaje de conducta a seguir para todos los jueces del país.

Desbaratar semejante instrucción no va a ser fácil. Pero intentémoslo. El juez, a la hora de resolver, sí debe conocer los fundamentos básicos de la ciencia o arte o la actividad que constituye el entorno del conflicto. Al menos en un nivel que le permita entender una peritación. Por ejemplo, imaginemos que un juez debe decidir un pleito de responsabilidad civil derivado de un accidente de tránsito (entre los más comunes, sin duda). ¿Podría el juez argumentar que no es un físico ni un ingeniero mecánico y que, por tanto, no está obligado a saber nada sobre huellas de frenada, clases de frenos, leyes del movimiento, etc.? ¿Debe el juez fiarse ciegamente de lo que diga un perito? Contra lo que suele creerse, la prueba pericial también es susceptible de crítica. Si un juez civil o penal, debe juzgar la responsabilidad de un médico, no puede ignorar elementales conocimientos de fisiología o de anatomía. Los jueces civiles no deben seguir ignorando, a la hora de resolver sobre liquidaciones de créditos, las matemáticas financieras. El juez de familia no debe dejar de tomar en cuenta principios elementales de psicología para decidir sobre la custodia de un niño. El juez laboral no debe ignorar teoría de los conflictos humanos, o sociología o las mismas matemáticas financieras. Y así podríamos seguir hasta el infinito con los ejemplos, para demostrar que, de ninguna manera, el conocimiento del juez ha de limitarse a las normas.

Pero la peor de todas las falacias a las que conduce la tesis que estamos combatiendo es la de los jueces que, pretextando especialidad, en un extremo, o poderes constitucionales, en el otro, ignora conocimientos básicos del propio derecho. Como cuando un juez civil desconoce elementales aristas de derecho penal, o un juez penal ignora los principios civiles de resarcimiento de perjuicios o un juez de tutela desconoce cuáles son las competencias de otro juez y supone una violación al debido proceso donde no la hay o ignora la que sí existe. En este último caso es frecuente encontrar que se escuda en que no necesita saber derecho penal (o civil, o comercial o laboral) para resolver una tutela, pues supone, con obvio error, que la Constitución contiene, por aquello de la “constitucionalización del Derecho” todas las respuestas. Y que el “nuevo derecho” le da licencia para resolver arbitrariamente, según su particular entendimiento de la Carta Política.

El derecho sí se ha “constitucionalizado”; lo aceptamos sin ambages. Pero ello no significa que el jurista está por tal razón autorizado a ignorar la minucia

de la ley, como si ésta fuera, *per se*, contraria a la Carta. Y, el llamado «nuevo derecho» no es otra cosa que el estadio actual del Derecho, el punto en el cual se encuentra hoy, tras la senda recorrida, con los vestigios de lo vivido por nuestro pueblo. Infortunadamente algunos juristas no han caído en la cuenta de que éste es, tal vez, el periodo más exigente que hasta ahora se haya conocido del Derecho, pues para ser abogado, profesor o juez del “nuevo derecho” es preciso tener conocimiento no sólo del Derecho sino de otras disciplinas, averiguación profunda de las implicaciones de todo orden que puedan tener las alternativas de solución que cada caso tiene, amén de esclarecido manejo de los principios y valores que nuestra sociedad ha tardado centurias en construir. Y no veo que sea posible poner en duda que tal responsabilidad compete principalmente a los jueces. Los fallos no pueden ser emotivos ni intuitivos ni movidos por la vanidad, tampoco por la conmisericordia o por la ignorancia o el capricho. El daño social que una sentencia errónea causa es más grave que el daño particular de quien la sufre.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Este escrito es apenas el comienzo de un trabajo más detallado que ojalá podamos publicar más temprano que tarde.
- 2 Analistas recientes del derecho califican a los pensadores del siglo XX que aluden a principios y valores como “iusnaturalistas modernos”, lo cual nos parece un rótulo completamente inapropiado.
- 3 Jaime Francisco Coaguila Valdivia. “La interdisciplinariedad del Derecho”, en [www.filosofiyderecho.com](http://www.filosofiyderecho.com). “Siguiendo a Ost (Francois Ost) habría que distinguir primero entre Pluridisciplinariedad, Transdisciplinariedad e Interdisciplinariedad: a) PLURIDISCIPLINARIEDAD consiste en que a propósito de un objeto de estudio una serie de disciplinas diferentes desarrollan sus puntos de vista específicos de manera yuxtapuesta, b) TRANSDISCIPLINARIEDAD procura abandonar los puntos de vista particulares de cada disciplina para producir un saber autónomo de donde resulten nuevos objetos y nuevos métodos, y c) INTERDISCIPLINARIEDAD que se opera a partir del campo teórico de una de las disciplinas presentes, la cual desarrolla unas problemáticas y unas hipótesis que se entrecruzan parcialmente con aquellas que elabora por su lado la otra disciplina.
- 4 Nos referimos a las sentencias relacionadas con los créditos de vivienda. La crítica provino de los banqueros, pero los errores económicos y financieros de las sentencias perjudicaron a los deudores, precisamente a quienes se quería proteger. La prueba está a la vista de todos: el sistema financiero se salvó, con un franco apoyo del Estado, y los deudores de créditos de vivienda no han podido hallar, seis años después, remedio para sus males. El análisis detallado del tema merece capítulo aparte.

# Salud Ocupacional

Jorge Eduardo Lamo Gómez

**SALUD OCUPACIONAL**

AUTOR: JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ

DIRECCION: jlamo@unab.edu.co

FECHA DE RECEPCIÓN: Marzo 29 de 2006

DESCRIPTORES: Salud ocupacional, legislación, salud, trabajo, Colombia

RESUMEN: La salud ocupacional ocupa un espacio muy importante en las legislaciones contemporáneas, habiéndose tomado como uno de los aspectos que tienen una relación directa tanto con las políticas de salud de los estados y las leyes del trabajo, como con la misma seguridad social.

KEY WORDS: Occupational health, legislation, health, labor law, Colombia

ABSTRACT: The occupational health occupies a very important space in the contemporary legislations, having itself taken like one from the aspects that as much have a direct relation with the policies of health of the states and the laws of the work, like with the social security.



# Salud Ocupacional

---

Jorge Eduardo Lamo Gómez

## 1. IMPORTANCIA DEL TEMA

**L**a salud ocupacional ocupa un espacio muy importante en las legislaciones contemporáneas, habiéndose tomado como uno de los aspectos que tienen una relación directa tanto con las políticas de salud de los Estados y las leyes del trabajo, como con la misma seguridad social.

En otras legislaciones como en las de los países de la Unión Europea (cuyos orígenes de desarrollo político y legal se pueden fijar desde fines del Siglo XIX), su concepto se enmarca dentro de lo que se denomina PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES, que surgen de las directrices generales dadas para la Unión por sus organismos competentes y que cada país desarrolla en sus legislaciones internas. El control acerca del cumplimiento de las normas se hace por los países y organismos de la Unión, teniendo una especial importancia los mecanismos de las empresas en su supervisión, ya que incumplir con los preceptos sobre la materia determinan un dumping en detrimento de la sana competencia en los mercados de los productos.

En Colombia, su concepto legal aparece claramente determinado (antes se hacían referencias muy genéricas sobre el tema en el CST y en las normas sobre seguridad social) en la Ley 9 de 1979 (Código Sanitario Nacional), la cual indica que estos temas se ubicaban más que dentro del concepto de seguridad social y laboral, en la política de salud del Estado. Hoy, luego de las definiciones y desarrollos de la Ley de Seguridad Social, aún cuando su origen legal y razón política siguen siendo los mismos, se considera tiene incidencia relevante en la definición de políticas laborales y de protección al interior de las empresas con referencia acentuada en la prevención de los riesgos del trabajo.

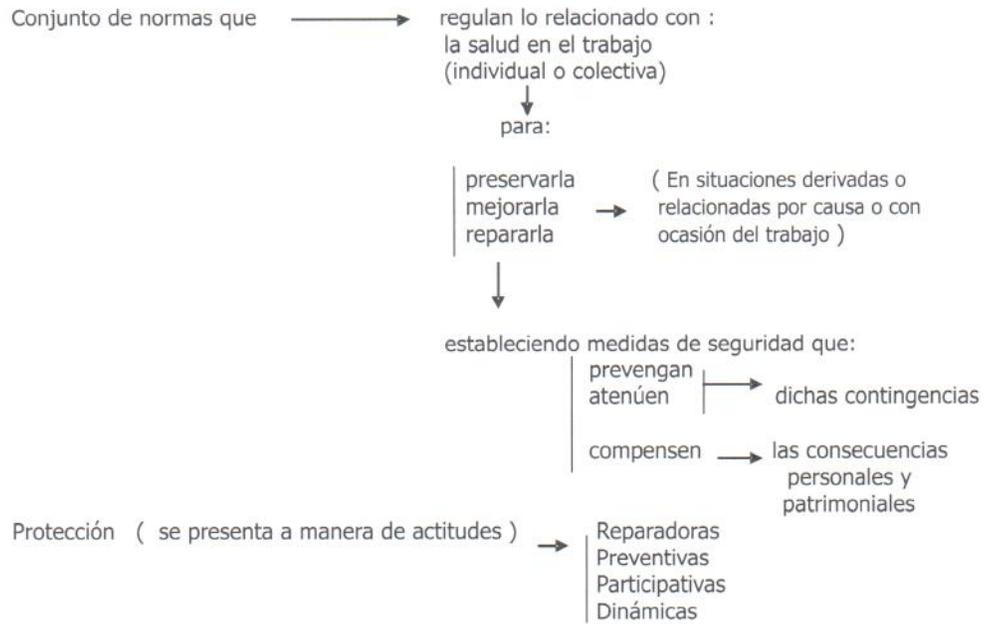
## **2. CONCEPTO:**

Conjunto de normas relacionadas con las medidas o acciones dirigidas a preservar, mejorar y reparar la salud frente a las contingencias que se puedan presentar para las personas en su vida de trabajo, individual y colectivamente, ya sea que se produzcan con ocasión o por causa del trabajo, así como lo relacionado con las medidas de seguridad que prevengan o atenúen tales contingencias y las medidas que superen o compensen las consecuencias personales y patrimoniales al concretarse esas eventualidades.

Del concepto así establecido, debe señalarse cómo la salud ocupacional y la prevención laboral en ella inserta se logra mediante la integración de todos los sectores productivos que deben tener conciencia acerca de las normas sobre esta materia y en especial sobre sus finalidades de protección a los trabajadores.

De ahí que el modelo adoptado en Colombia acerca de la salud ocupacional corresponde a un sistema pluralizado de interacción multisectorial (Estado – Empresas – Trabajadores), al cual se afilian las empresas y sus trabajadores del sector formal de la economía, lo que de suyo ya incorpora una falencia: la omisión de la integración del sector informal de la economía, cada vez más creciente pero desprotegido.

Una síntesis de lo anteriormente enunciado, podría establecerse de la siguiente manera:



Hacen parte sus normas de la protección al trabajador que se incorporan en las legislaciones del trabajo y de la seguridad social.

### 3. MARCO NORMATIVO:

Dentro del amplio espectro normativo sobre la materia es importante ( sin agotar el tema) citar las siguientes relacionadas con el tema:

- Ley 9 de 1979 ( Código Sanitario Nacional ) arts. 89 a 156, 564 y s.s. ( vigilancia y control)
- Res. 2400 de 19/9 (higiene y seguridad en los establecimientos de trabajo)
- Decreto. 586 de 1983 ( por el cual se crea el Comité Nacional de Salud Ocupacional)
- Decreto Reglamentario 614 de 1984 (sobre programas de salud ocupacional y COPASO)

- Resolución 2013 de 1986 (organización y funcionamiento de COPASOS y funciones adicionales a las establecidas por el Decreto. 614 de 1984)
- Ley 82 de 1988 aprobatorio del convenio 159 de la OIT (readaptación profesional y empleo de personas inválida).
- Resolución 1016 de 1989 ( Ministerios del Trabajo y de Salud) (organización, funcionamiento y forma de los programas de salud ocupacional en las empresas)
- D.E. 1295 de 1994 ( relacionado con los COPASOS y servicios de promoción de la salud en el trabajo a cargo de las ARP)
- Resolución 1646 de 1994 ( licencias de salud ocupacional para personas naturales y jurídicas)
- Decreto 1530 de 1996 (programas de salud ocupacional contratados con ARP e investigaciones de muerte por accidente y enfermedad de origen profesionales).
- Decreto 016 de 1997 (regula lo relativo al Comité nacional de Salud Ocupacional, los Comités Seccionales de Salud Ocupacional, los Comités Locales de Salud Ocupacional, en cuanto a funciones e integración.
- CST : Procuración de locales apropiados y elementos de protección contra accidentes y enfermedades en el trabajo (57 ordinal 2)
- CST : Normas sobre reglamento interno de Trabajo (108 ordinales. 9-11)
- CST : Normas sobre reglamento de higiene y seguridad (349)

#### **4. RESPONSABILIDAD DE LA SALUD OCUPACIONAL:**

- I. ENTIDADES PUBLICAS que coordinan todos los aspectos relativos a la prevención de riesgos y mejoramiento de las condiciones del trabajo, estableciéndose mediante el Decreto 614 de 1984 el *PLAN NACIONAL DE SALUD OCUPACIONAL*.
- II. PARTICULARES: PATRONOS O EMPRESAS Y TRABAJADORES:  
PATRONOS: Cumplir las disposiciones legales y técnicas sobre la prevención. Atender la ocurrencia de riesgos. Reparar pecuniariamente

en caso de que el accidente o la enfermedad se derive por su culpa.

**TRABAJADORES:** Cumplir las normas sobre prevención de riesgos y colaborar con el empleador en la búsqueda de condiciones de trabajo seguras y sanas.

## **5. VIGILANCIA Y CONTROL DE LA SALUD OCUPACIONAL:**

En materia de vigilancia y control , se ha concretado en:

- Ministerio de la Protección Social: Por intermedio de: i) la Unidad Especial de Inspección, vigilancia y control de trabajo. ii) La Direcciones Territoriales.

Adicionalmente el Ministerio puede crear Oficinas Especiales de Trabajo para atender los asuntos de su competencia, con una o mas inspecciones, cuando a su juicio las condiciones políticas, sociales y económicas lo ameriten.

- La superintendencia Nacional de Salud
- La Superintendencia Bancaria, por intermedio de su oficina delegada en seguros, en cuanto propende al mantenimiento de la solvencia del sistema financiero, asegurador y previsional.

## **6. LA COBERTURA DEL SISTEMA:**

La cobertura del sistema se encuentra muy ligada con la afiliación al régimen de riesgos profesionales del sistema general de seguridad social de la Ley 100 de 1993, ya que una de las actividades de las Administradoras de Riesgos Profesionales está destinada a hacer efectiva la normatividad sobre salud ocupacional, como parte trascendente de la política para hacer cumplir las normas sobre salud ocupacional.

Los indicativos estadísticos vienen demostrando un notorio incremento en el aseguramiento a riesgos profesionales y en el establecimiento y puesta en práctica de los esquemas de salud ocupacional, de manera que entre 1995 y el 2004 se produjo un incremento del 25.1% de afiliados, y para noviembre del último año en cita, se encontraban registrados 4.836.939 trabajadores.

Empero, una de las fallas de cobertura de la salud ocupacional y de los riesgos

profesionales se encuentra en un muy amplio sector de la población que aún no se ha afiliado, y que se puede establecer en los siguientes sentidos:

Por una parte, que el Sistema General de Riesgos Profesionales cubre solamente a cerca del 24.86% de la población ocupada (el total de ésta es de 17.785.820 personas), de acuerdo con la información del DANE sobre la cobertura de riesgos profesionales con relación a la población económicamente activa y a la población ocupada.

En segundo lugar, por los trabajadores independientes, cuya afiliación es voluntaria, y que aún no se ha afiliado, pese a las políticas en el sentido de no asegurar a salud y pensiones, sin demostrar la afiliación a riesgos profesionales.

En tercero y último lugar, por cuanto el sector informal de la economía, que cubre un 60.7% de la población ocupada, la que tampoco está cubierta por el sistema general de riesgos profesionales y por ende está ausente de los esquemas sobre salud ocupacional.

## **7. LAS POLÍTICAS NACIONALES RELACIONADAS CON EL PLAN DE SALUD OCUPACIONAL:**

Dado el impacto inmediato y directo que las condiciones de salud de la fuerza laboral tiene sobre la economía nacional y que las pérdidas económicas causadas por enfermedades y lesiones son cuantiosas, existen tres ejes a partir de los cuales se estructuran las políticas nacionales relacionadas con la salud pública y la salud de los trabajadores:

1. El Plan Nacional de Desarrollo, contenido en la Ley 812 de 2003, dentro de cuyas áreas programáticas se encuentra la de crecimiento económico y generación de empleo y la construcción con equidad social del área de ampliación de la seguridad social.
2. El Programa Nacional de Salud 2002-2006 del Ministerio de la Protección Social que dentro de los frentes de trabajo que incorpora se destacan todos los aspectos de salud pública, dentro de los cuales se inserta lo relativo a la salud ocupacional en cuanto a su fortalecimiento, mejoramiento y ampliación
3. El Plan Nacional de Salud Ocupacional 2002-2007, que reconoce los problemas derivados de la salud para los trabajadores, independientemente

de su afiliación a una ARP, el cual se sustenta en fortalecer, consolidar, impulsar y favorecer la cobertura de la seguridad social en riesgos profesionales, mediante políticas y acciones que promuevan la seguridad y la salud en el trabajo, mediante la implantación de una cultura de prevención y protección y el montaje de un sistema nacional de información confiable.

Sin duda alguna, estos planes y programas, dentro de unas políticas que deben ser sostenidas en el tiempo, resultan de trascendencia para el país y para sus trabajadores, habida cuenta que de acuerdo con las fuentes de indicadores establecidos por el DANE, según los cuales:

- La tasa de mortalidad en riesgos profesionales en el 2003 fue del 18.29 por cada 100.000 Trabajadores.
- La tasa de enfermedades profesional en el año inmediatamente citado fue del 2.43 por cada 10.000 Trabajadores, siendo las enfermedades de mas grave incidencia las relacionadas con el túnel del carpo (20%), la hipoacusia sensorial (19%) y la de trastornos de columna lumbosacra (18%).

#### **8. LOS SERVICIOS DEL SISTEMA DE RIESGOS PROFESIONALES CON REFERENCIA A LA SALUD OCUPACIONAL:**

Teniendo en cuenta que las prestaciones de la seguridad social en cuanto a riesgos profesionales comprende aspectos preventivos, asistenciales y prestaciones económicas, se ha considerado que existe coincidencia entre los servicios de salud ocupacional y los propios de los riesgos profesionales.

Así las cosas, dentro del sistema de salud ocupacional se podrían concretar los asuntos propios de la salud ocupacional, siguiendo las enseñanzas dadas al respecto por el SENA, así:

- i. Para el sistema resultan importantes los *Servicios Preventivos*, entendidos como “el conjunto de actividades, intervenciones y procedimientos que realizan las empresas, las ARP, los proveedores de servicios y los profesionales y expertos en la salud ocupacional, para observar, evaluar y controlar las condiciones de trabajo y de riesgo que puedan ocasionar daños en la salud del trabajador o la productividad de la empresa”, todo lo cual se sustenta en el hecho de ser la empresa la directamente responsable de la prevención de los riesgos profesionales.

Los servicios preventivos han incorporado diseños e implementación de sistemas de vigilancia epidemiológica para los factores de riesgo ocupacional, proyectos de investigación sobre los asuntos propios de estas materias y programas y estrategias de capacitación.

Sobre estos tópicos son de importancia las previsiones contenidas en la Resolución 2569 de 1999, por la cual se reglamenta el proceso de calificación de los orígenes de los eventos de salud dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud

- ii. En materia de riesgos profesionales el Decreto Ley 1295 de 1994 reglamenta lo relacionado con los *Servicios Asistenciales*, estableciendo los mecanismos de interacción institucional que deben cumplir las ARP y las EPS en procura de la recuperación de la salud del trabajador accidentado o enfermo por causa del trabajo.
- iii. Las *Prestaciones Económicas*, se concretan dentro del régimen de riesgos profesionales en subsidios por incapacidad temporal, indemnizaciones por incapacidad permanente parcial que hubiesen determinado una pérdida de la capacidad laboral entre el 5% y el 49% de acuerdo con las calificaciones con fundamento en los manuales creados por el Estado y en últimas definida dicha pérdida por las Juntas de Calificación de Invalidez (Regionales o Nacional), y las pensiones ya sean de invalidez (pérdida de más del 50% de la capacidad laboral) o de sobrevivientes dentro de las definiciones y vocaciones hereditarias determinadas por la Ley 100 de 1993 y la Ley 776 de 2002.

## 9. LOS RIESGOS EN MATERIA DEL TRABAJO:

Dentro de los riesgos más comunes que se presentan en el trabajo o por causa o con ocasión del trabajo, pueden señalarse:

### **RIESGOS MECÁNICOS:**

Se generan por la presencia física de las instalaciones, equipos, herramientas, materias primas, que puedan generar contactos eventuales con la persona. Nacen de la operación de equipos o manipulación de herramientas o materiales, de las actividades mismas o de las condiciones ambientales del sitio de trabajo.

### **RIESGOS ELÉCTRICOS:**

Nacen de la presencia de circuitos eléctricos cercanos a sitios de trabajo

que facilitan contactos eventuales, aunque la actividad no tenga que ver con dicha fuente de energía. Igualmente se pueden producir en las actividades de mantenimiento y/o instalación o conexión y/o aquellas que involucran herramientas eléctricas portátiles o fijas.

**RIESGOS FÍSICOS:**

Están constituidos por:

RUIDO ( de impacto o permanente ).

VIBRACIONES.

ILUMINACIÓN (parte de los siguientes conceptos: flujo luminoso o radiación visible por una fuente; lumen flujo luminoso sobre 1 mt.2 de la superficie de una esfera de radio de 1 mt.; nivel de iluminación Relación entre el flujo luminoso que recibe una superficie y su extensión; brillo o claridad con la que se puede ver una fuente luminosa);

TEMPERATURA ( excesivamente altas o bajas);

RADIACIONES ( Exposición a ambientes naturales o radiación solar o a ambientes de trabajo en donde operan equipos que generan altas temperaturas, cargas electromagnéticas, rayos x, láser, ondas de radio o por emanación de elementos radioactivos), pueden ser radiaciones ionizantes (pej. rayos ultravioleta, UV., luz infrarroja) o no ionizantes (emanaciones de partículas por desintegración permanente de núcleos naturales radioactivos, existen emanaciones de partículas alfa, beta o de fotones y generación por rayos x y neutrones).

**RIESGOS QUÍMICOS:** Están asociados con la presencia de sustancias químicas en los lugares de trabajo, bien sea porque se estén utilizando o porque se encuentran almacenadas para su posterior utilización. Determinan reacción tóxica a veces irreversible sobre los mecanismos que controlan la reproducción de las células normales. Pueden generar atmósferas explosivas.

**RIESGOS BIOLÓGICOS:** Relacionados con materiales biológicos que por contactos eventuales pueden transmitir agentes patógenos.

**RIESGOS PSICOSOCIALES:** Se presentan con referencia a:

ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO (ej. Niveles de responsabilidad, monotonía, mecanización, dificultades de comunicación, cambios tecnológicos no planeados, sistemas de contratación, inestabilidad laboral).

CARGA MENTAL (premura o apremio de tiempo, complejidad, nivel de atención, minuciosidad, precisión...)

**PERFIL PSICOLÓGICO DEL TRABAJADOR** (sexo, edad, actitudes, aptitudes, valores, cultura...).

**PATRONES DE DESGASTE POR TIPO DE TRABAJO O PRODUCCIÓN** (manufacturado, mecanizado, automatizado, de precisión, artesanal...).

**CONTEXTO EXTRA LABORAL** ( sistemas de contratación, nivel de ingresos, vivienda, recreación, servicios asistenciales familiares, salud asistencia social, nivel nutricional...)

**RIESGOS ERGONÓMICOS :**

Se presentan en razón de factores asociados a las actividades físicas del hombre que de una u otra forma pueden afectarlo negativamente.

La salud ocupacional busca lograr un equilibrio entre la capacidad física y los esfuerzos requeridos, a fin de contrarrestar las probabilidades de daño, partiendo del hecho de que toda actividad necesita de un esfuerzo físico que puede ser estático, dinámico o mixto.

Se clasifican en:

**DE AMBIENTE ORGANIZACIONAL** (forma como la empresa organiza el trabajo de la persona desde su misma contratación y preparación hasta la misma manera como debe realizarse)

**DE AMBIENTE DE TRABAJO** (todos los aspectos físicos y psicológicos del entorno del puesto de trabajo que faciliten o afecten la actividad a ejecutar)

**DE DISEÑO DEL PUESTO DE TRABAJO** ( Distribución física del área del puesto de trabajo y de las características propias de la misma y de los equipos y herramientas)

**DEL INDIVIDUO** (relacionadas con las características personales del trabajador)

**RIESGO DE INCENDIO Y/O EXPLOSIÓN:**

Se conforma por las actividades que pueden generar llama abierta, chispas o sobrecalentamientos que crean temperaturas suficientes para hacer reaccionar atmósferas explosivas. Incluye hábitos personales del trabajador que producen riesgo de incendio, cortocircuito, etc....

Dentro de los tipos de materiales se distinguen :

Los combustibles (sólidos o líquidos que al calentarse liberan vapores), los inflamables ( que liberan permanentemente vapores combustibles), y las atmósferas explosivas (elementos que en estado de vapor y al entrar en contacto con una fuente de ignición en combinación con el oxígeno u otros gases, pueden estallar)

## 10. MECANISMOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS

Las normas relacionadas con la materia en análisis, establecen diferentes regulaciones que tocan con la prevención de la ocurrencia de riesgos, cuya importancia se deriva del hecho de constituir un elemento sustancial de sus objetivos.

Podemos hablar de varias formas de prevención, las que agruparemos de manera separada, señalando en forma sucinta su contenido temático.

### I. La prevención en el sitio de trabajo

→ *normas sobre edificaciones*

- Ubicación, Dependencias, Pisos, Zonas elevadas, Puertas, Otros.
- Servicios de Higiene
- Comedores y Casinos
- Higiene, orden y limpieza del lugar de trabajo
- Evacuación de residuos y desechos
- Campamentos de trabajadores
- Colores de seguridad, construcciones en los sitios de trabajo, máquinas y equipos y herramientas, operaciones y procesos industriales, prevención y extinción de incendios, manejo de explosivos, almacenamiento y transporte de materiales

→ Normas sobre condiciones ambientales de trabajo

- agentes físicos, químicos y biológicos (iluminación, ventilación, ruido, temperatura, radiaciones, riesgos eléctricos, contaminación, sustancias infecciosas y tóxicas, sustancias inflamatorias y explosivas, presión atmosférica)

### II. La prevención en el sujeto del trabajo

→ *elementos de protección externa del trabajador:*

- ropa de trabajo
- equipos y elementos de protección
- uso de ropa de trabajo y elementos de protección

→ control de factores subjetivos de accidentalidad:

- **factores humanos en general**

- . Fatiga del trabajador, efectividad de descansos.
- . Recreación y deporte
- . Elementos formativos e informativos de prevención
- . Aspectos psicosociales de la prevención

- **grupos humanos especialmente protegidos**

- . trabajo femenino
- . trabajo de menores

## 11. ADMINISTRACIÓN Y VIGILANCIA:

PLAN NACIONAL DE SALUD OCUPACIONAL (DR 614 DE 1984) (D.16/97): Integración de la responsabilidad de diferentes de las distintas entidades gubernamentales y privadas para racionalizar y optimizar esfuerzos y recursos económicos.

- I. DIRECCIÓN DE LA SALUD OCUPACIONAL: Le corresponde la expedición de normas para regular la salud ocupacional.
- II. COORDINACIÓN DE LA SALUD OCUPACIONAL: Está a cargo del COMITÉ NACIONAL DE SALUD OCUPACIONAL y se ocupa de concitar los esfuerzos y prácticas sobre la materia, de todos los entes públicos y privados que desarrollan actividades para su eficaz ejecución.
- III. EJECUCIÓN GUBERNAMENTAL:
  - a NIVEL NACIONAL el ministerio de Protección Social, el Instituto Nacional de Salud, Coldeportes, el ISS y las ARP
  - a NIVEL TERRITORIAL: Las dependencias de los anteriores

## 12. COMITÉS DE MEDICINA HIGIENE Y SEGURIDAD SOCIAL EN LA EMPRESA:

Hoy reciben la denominación de **COMITÉS PARITARIOS DE SALUD OCUPACIONAL – COPASO**. El Decreto 614 de 1984 los constituyó como elemento sustancial de los programas de salud ocupacional.

El art. 25 del citado decreto señala que: En todas las empresas e instituciones públicas y privadas se constituirá un **COMITÉ DE HIGIENE, MEDICINA Y SEGURIDAD INDUSTRIAL**, integrado por un número igual de representantes de los patrones y los trabajadores, cuya organización y funcionamiento se regirá por el reglamento especial que expidan conjuntamente los Ministerios de Salud y del Trabajo y Seguridad Social. (Cfr. Resolución 2013 de 1986)

### CARACTERÍSTICAS:

Al respecto se pueden determinar las siguientes características fundamentales:

- I. **OBLIGATORIEDAD:** Para toda empresa pública o privada que tengan 10 o mas trabajadores a su servicio.
- II. **CONFORMACIÓN PARITARIA Y PROPORCIONAL:** Se concibe como un mecanismo moderno y activo de participación, de carácter y de colaboración.

### FUNCIONES ESENCIALES:

- Actuar como “instrumento de vigilancia para el cumplimiento de programas de salud ocupacional ( con la obligación de) informar sobre el estado de ejecución de los mismos a las autoridades de la salud ocupacional, cuando haya deficiencias en los mismos”.
- Tramitar ante la administración de la empresa las recomendaciones del Comité.
- Investigar, informar y emitir recomendaciones cuando se hayan producido accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

### REPRESENTACIÓN:

El número de representantes en el COPASO (quienes tienen sus suplentes personales) dependen del de trabajadores de la empresa (Res. 2013 art. 2-3-4)

- De 10 a 49 trabajadores: 1 por cada parte
- De 50 a 499 trabajadores: 2 por cada part
- De 500 a 999 trabajadores: 3 por cada parte
- De 1000 en adelante: 4 por cada parte.

### PROHIBICIÓN DE DEDICARSE A OTROS ASUNTOS

Como una forma de centrar sus actividades sólo en las materias que atañen con la salud ocupacional dentro de las empresas, evitando la dispersión que se podría derivar de la multiplicidad de objetivos, dentro de la misma complejidad de las relaciones obrero-patronales, la legislación prohíbe al COPASO dedicarse a temas distintos a los que se señalarán seguidamente.

### OBJETIVOS LEGALES VINCULADOS A LOS PROGRAMAS:

Como actuaciones que se consideran básicas del programa de salud ocupacional en la empresa, se encuentran:

- Participar en las actividades de promoción, divulgación e información sobre medicina e higiene y seguridad industrial.
- Vigilar el cumplimiento del programa de salud ocupacional.
- Proponer medidas relacionadas con la salud en el trabajo.
- Colaborar con los funcionarios públicos en la vigilancia del cumplimiento de normas de salud ocupacional.
- Llevar su archivo y elegir al Secretario.
- Investigar dentro de los 15 días calendario siguientes, las causas de la muerte por accidente o enfermedad para que la ARP determine las acciones de prevención (D.1530/96)

### ELECCIÓN DE REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES:

Corresponde a los trabajadores elegir libremente a sus representantes mediante votación libre, en que se garantiza tanto la libertad como la oportunidad de las elecciones por parte del empleador, quien debe permitir la libre expresión del derecho de aquellos.

La elección no puede implicar la exclusión de trabajadores, sean o no sindicalizados.

La elección se hace para periodos de un año.

### DIGNATARIOS:

El COPASO tiene un Presidente que lo nombra el empleador y un Secretario que lo designa el comité en pleno.

VIII: REGISTRO OFICIAL DE LOS COMITÉS:

Se hace ante las dependencias del Ministerio de Protección Social, Grupo de Empleo, Trabajo y Seguridad Social, a nivel nacional, territorial departamental y municipal.

### 13. EL PROGRAMA DE SALUD OCUPACIONAL DE LAS EMPRESAS

Este aspecto fue desarrollado simultáneamente con la reglamentación gubernamental sobre los COPASOS, pero se deriva directamente de lo dispuesto por el art. 111 de la Ley 9 de 1979.

#### OBJETIVO

- Prevenir todas las alteraciones de la salud que puedan sobrevenir como consecuencia de la actividad laboral.  
El desarrollo del objetivo se ejecuta de manera permanente y en forma exclusiva para cada empresa, en la medida en que debe corresponder a sus particulares modalidades de trabajo y riesgos específicos, que determina su *ACTUALIZACIÓN* (cada seis meses) y su *EVALUACIÓN* (cada año).

#### CONTENIDO →

El contenido del PROGRAMA se concretó a partir del Dcto. 614 de 1984, en que se adoptaron los siguientes criterios básicos:

- Es responsabilidad específica de todos los empleadores públicos y privados (24)
- Les corresponde fomentar la participación activa de todos los sectores de la empresa en su desarrollo y actividades, actuando como instrumentos de vigilancia para su cumplimiento (26 lit. a y b)
- Determina los requisitos mínimos del programa: *CARÁCTER PERMANENTE, DEBER DE DESARROLLAR ACTIVIDADES DE MEDICINA PREVENTIVA, DEL TRABAJO E HIGIENE Y SEGURIDAD INDUSTRIAL. SU CONTENIDO Y RECURSOS DEBEN ESTAR EN RELACION CON EL RIESGO POTENCIAL Y NÚMERO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA.*

Caracteres de la REGLAMENTACIÓN LEGAL:

- Obligatoriedad legal para tenerlo (en todo lugar de trabajo)
- Adaptación a las necesidades de cada empresa (R:1016/89 a.4) y recursos que deben destinarse para el programa.
- Pueden ser exclusivos de las empresas, pero se permite sean establecidos de manera conjunta con otras empresas o contratados con entidades especializadas (R.1016/89 3)
- Tienen unos requisitos de formalización:  
(designación de la persona encargada de dirigir y coordinar las actividades; ser escrito;  
señalar la obligación de mantener actualizados los registros estadísticos mínimos sobre materias primas utilizadas, agentes de riesgo, trabajadores expuestos y grado de exposición, riesgos ocupacionales y sistemas de control, elementos de protección, estadísticas de accidentalidad y morbilidad y de ausentismo, historias ocupacionales; establecer los planes de emergencia.)
- Definición legal de actividades básicas
- Determinación de criterios evaluativos

CONTENIDO: →

- Estructura: Información básica de la empresa  
(Nombre – Actividad Económica - Representación Legal - Dirección - NIT- Número de Trabajadores – Cases de Riesgos)
- Organización de la Empresa  
( Organigrama – Estructura Organizacional)
- Descripción de los procesos de trabajo  
(desde la adquisición de insumos hasta llegar al producto terminado)  
(fichas técnicas de equipos)  
(fichas toxicológicas de insumos)
- Políticas de salud ocupacional en la empresa  
(las que orienta la administración sobre la materia)
- Recursos de la empresa dedicados a la salud ocupacional

- Formatos e instrumentos de recolección de información
- El Comité Paritario de Salud Ocupacional que comporta la determinación acerca de su conformación, designación y demás factores derivados de la ley.
- PANORAMA DE RIESGOS : Referidos de manera concreta a los factores o elementos que se derivan de la actividad de la empresa y la manera como se ejecuta.

### PANORAMA DE RIESGOS:

Su concreción comporta varias fases, que podrían determinarse de la siguiente manera:



A partir del proceso precedente se debe establecer la *PRIORIZACIÓN DE LOS FACTORES DE RIESGO* ya se trate de riesgos físicos, químicos, biológicos, ergonómicos, psico-sociales y de seguridad, cuya razón es permitir estructurar y desarrollar el programa a corto, mediano y largo plazo, según su real incidencia al interior de la empresa, que se basan en las estadísticas confiables acerca de las causas y frecuencias con que se presentan enfermedades comunes, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

De acuerdo con la priorización referida se debe establecer una *PLANEACIÓN DE ACTIVIDADES*, a partir de la conjunción de tres fases :



#### **14. ACTIVIDADES DEL PROGRAMA DE SALUD OCUPACIONAL :**

Las actividades que se derivan del programa en mención y que buscan concretar acción de prevención al interior de las empresas, comprenden los denominados subprogramas, que sustancialmente se desarrollan en medicina preventiva y del trabajo, higiene y seguridad industrial y seguridad ambiental.

**I. SUBPROGRAMAS DE MEDICINA PREVENTIVA Y DEL TRABAJO** para la promoción, prevención y control de la salud, protegiendo al trabajador de los riesgos del trabajo, ubicándolo en un sitio acorde con sus funciones psico-fisiológicas y manteniéndolo en aptitud de producción de trabajo (R.1016/89-10)

- Realización de exámenes médicos
- Actividades de vigilancia epidemiológica
- Educación en salud y actividades de prevención de riesgos laborales
- Prevención y control de riesgos psicosociales
- Prevención y control de enfermedades relacionadas o agravadas por el trabajo
- Investigación y registro de morbilidad, accidentalidad y mortalidad de los trabajadores
- Actividades de reubicación y readaptación laboral
- Actividades de recreación y deporte
- Conocimiento de riesgos específicos.

**II. SUBPROGRAMA DE HIGIENE Y SEGURIDAD INDUSTRIAL:**

- PANORAMA DE RIESGOS
- IDENTIFICACIÓN DE AGENTES DE RIESGO
- EVALUACION DE LA MAGNITUD Y PELIGROSIDAD DE LOS RIESGOS
- ACTIVIDADES DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO DE RIESGOS
- PUESTA EN MARCHA DE MECANISMOS DE PROTECCIÓN
- DESARROLLO DE PLAN DE EMERGENCIAS
- LABORES INVESTIGATIVAS Y ESTADÍSTICAS

**III. SUBPROGRAMA DE SEGURIDAD AMBIENTAL:** Todo proyecto a ejecutar debe tener aprobado un plan ambiental, que determina el impacto generado por un proyecto y la manera de evitar o mitigar los daños causados en el evento en que ocurran.

Identifica previamente los riesgos potenciales ambientales para tomar los preventivos del caso y establecer las acciones en caso de que se presenten.

Deben disponer de un PANORAMA DE RIESGOS AMBIENTALES Y CRONOGRAMAS DE ACTIVIDADES A DESARROLLAR.

El *DESARROLLO o EJECUCIÓN DE LAS ACTIVIDADES DEL PROGRAMA* parte de principios de control, actividades complementarias, intervención y vigilancia, en las que deben participar de manera activa todos los estamentos de la empresa, y en especial los miembros del COPASO , y que en sus aspectos mas importantes podrían sintetizarse de la siguiente manera:

- *Principios Fundamentales de Control :*

Eliminación de los factores de riesgo en su origen

Evaluación de las consecuencias de la salud que puedan derivarse de cualquier cambio en el proceso de trabajo.

Elaboración del manual de procesos y subprocesos para cada actividad.

Establecimiento de los factores que permitan disminuir el tiempo de exposición de cada trabajador a los factores de riesgo, o atenuar su incidencia.

Creación y ejecución de políticas de rotación de oficios dentro de las mismas o diferentes jornadas.

- *Actividades Complementarias:*

Establecer políticas sobre inspecciones generales de la empresa que permitan analizar la incidencia posible de los factores de riesgo en los trabajadores.

Reportar los incidentes laborales en cuanto a riesgos

Establecer el plan de mantenimiento preventivo y correctivo de las maquinarias

Desarrollar actividades de demarcación y señalización de los lugares de trabajo y los anexos al mismo, que permitan la prevención de riesgos.

Ejecutar programas de viigilancia epidemiológica. Estos programas deben elaborarse por grupos interdisciplinarios, cuyo trabajo o actividad debe conducir a la creación de *protocolos* con un contenido que incluya, entre otros: diagnóstico de condiciones de trabajo y salud, objetivos y metas del programa, identificación de la población sujeta a cada uno de los riesgos, definición de criterios y

procedimientos de intervención en las condiciones de trabajo y salud, motivaciones y capacitaciones a los responsables del programa, determinación de los subsistemas de información y registro, evaluación de estrategias de mejoramiento y divulgación de resultados).

Tener fichas toxicológicas actualizadas, con referencia a las eventualidades que puedan ocurrir en los procesos de la empresa y que pudieran tener incidencia en los trabajadores (deben incorporar elementos o factores acerca de los valores límites permisibles según los estándares internacionales, el grado de toxicidad que se derive de cada uno de los procesos de la empresa , su vía de absorción, propiedades de las sustancias que se utilicen en los procesos industriales y acciones para la atención de urgencias).

Establecer programas de primeros auxilios que incluyen la capacitación del personal que deba prestarlos.

Para los casos de reubicación laboral, determinar los servicios de rehabilitación disponibles de acuerdo con las políticas de las EPS y las ARP.

Crear los mecanismos para hacer efectivos exámenes médicos de ingreso, periódicos durante el tiempo de vinculación laboral (que incluye recomendaciones frente a riesgos concretos) y el examen de retiro.

Establecer planes de inducción y entrenamiento, que partan de los análisis que se hayan efectuado acerca de los puestos de trabajo.

Estructurar programas para el desarrollo de actividades deportivas, recreativas y culturales.

## **15. SALUD OCUPACIONAL, RIESGOS PROFESIONALES E HIGIENE EN LAS INDUSTRIAS:**

La SALUD OCUPACIONAL tiene relación directa con la SEGURIDAD INDUSTRIAL, en el entendido de que a esta corresponde el conjunto de actividades destinadas a la identificación, evaluación y control de las condiciones de trabajo presentes en un ambiente laboral y de las cuales se pueden derivar accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, por lo cual dentro de los asuntos que maneja adquiere una especial importancia tanto la evaluación de los factores de riesgo como la aplicación de las medidas correctivas, entendiendo por factor de riesgo todo elemento cuya presencia o

modificación aumenta la probabilidad de producir daño a la persona o a la propiedad que está expuesta a él.

Del concepto anterior se derivan obligaciones para el empleador para observar, de acuerdo con el objeto específico que desarrolla la empresa, los preceptos legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de sus establecimientos, adoptando las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, organizando el trabajo de tal manera que se generen las condiciones de garantía para la salud y vida de los trabajadores.

A su vez se generan obligaciones para los trabajadores, que se concretan en la observancia de las medidas de seguridad industrial adoptadas y en la correcta utilización de los equipos de trabajo y de los elementos destinados a prevenir accidentes y enfermedades que se deriven del trabajo que realizan.

En RIESGOS PROFESIONALES , así como se habla de factores de riesgo, son importantes los conceptos acerca del RIESGO en si mismo.

Se parte de un concepto, que resulta trascendente: El “riesgo cero” , o la ausencia total de riesgo no existe, en la medida en que todas las actividades que realiza el hombre ya sea como ser comunitario o como individualidad comporta algún grado de riesgo.

De allí aparece el concepto de riesgo que se entiende como la probabilidad de que un peligro (causa inminente de pérdida ) , existente en una actividad específica y durante un periodo determinado ocasione un incidente laboral con consecuencias factibles de generar accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Se habla de riesgos incorporados cuando la probabilidad de peligro no es propia de la actividad ejecutada, sino que se generan como producto de conductas poco responsables de un trabajador, que de manera deliberada o no asume riesgos adicionales con el objeto de conseguir algo que cree que resulta bueno para su desempeño laboral y/o para la empresa, como sería ganar tiempo, terminar el trabajo antes que los demás, demostrar que se es mejor en el desempeño de actividades, etc...

Por su parte la HIGIENE INDUSTRIAL, entendida como un conjunto de normas y actividades empresariales dedicada a preservar a salud de los trabajadores en el ejercicio de las labores contratadas y ejecutadas por estos, que en razón de procesos y operaciones industriales específicos la pueden alterar.

Se dedica a la participación, reconocimiento, evaluación y control de los factores o elementos que generan estrés y existen en el lugar de trabajo, ya sea por su entorno físico, la forma como se ejecuta el trabajo, el trabajo ejecutado en cuanto demande mayor o menor concentración de la atención del trabajador

o el mismo grado de productividad exigido, la utilización de materias o compuestos biológicos o químicos o de cualquier índole, etc... pueden causar enfermedad, deterioro de la salud, incomodidad y aún ineficiencia en el desempeño laboral.

Si hemos reseñado que la SALUD OCUPACIONAL se ocupa de las medidas o acciones dirigidas a preservar, mejorar y reparar la salud frente a las contingencias que se puedan presentar para las personas en su vida de trabajo, individual y colectivamente, ya sea que se produzcan con ocasión o por causa del trabajo, así como lo relacionado con las medidas de seguridad que prevengan o atenúen tales contingencias, encontramos que HIGIENE INDUSTRIAL y SEGURIDAD INDUSTRIAL hacen parte importante de las políticas de SALUD OCUPACIONAL, pero que ésta va mas allá por cuanto incorpora las medidas que superen o compensen las consecuencias personales y patrimoniales al concretarse esas eventualidades.

Finalmente, es importante señalar que si bien es cierto que los problemas que constituyen la materia propia de la salud ocupacional se derivan de la relación salud – ambiente de trabajo, existen factores culturales de incidencia obligada que deben partir de la concientización acerca de la necesidad por parte de los trabajadores de asumir esquemas y formas de trabajo que garanticen su salud, de los empleadores sobre el hecho que antes que toda productividad o ganancia, deben crear los elementos de seguridad y salud de sus trabajadores, no desde la perspectiva hombre trabajador –factor de producción, sino muy especialmente en razón de sus obligaciones de respeto y solidaridad con referencia a otros seres o grupos humanos, para lo cual la creación, puesta en marcha o mantenimiento de toda empresa debe tener esquemas de administración claros sobre los riesgos que cada actividad comporta y la forma de controlarlos y evitarlos, sobre la necesidad de un eficaz política de producción mas limpia, y el impacto de los procesos fabriles tanto en el hombre como en el medio ambiente, que debe mitigarse si no es posible eliminar.

## **BIBLIOGRAFÍA :**

ARENAS MONSALVE GERARDO, SALUD OCUPACIONAL, Editorial Temis.

COTE RUIZ MAURICIO, " Salud Ocupacional para empresarios y trabajadores –Guía práctica", Edición Marzo de 2001.

INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES – Seccional Antioquia – NORMAS SOBRE SALUD OCUPACIONAL

MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL - SENA : "Diagnóstico actual y prospectivo de la salud ocupacional y los riesgos profesionales en Colombia", Bogotá , abril de 2005.

# El principio de oportunidad, el fin de la historia

Jaime Enrique Puentes Torrado

## **PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, EL FIN DE LA HISTORIA**

AUTOR: JAIME ENRIQUE PUENTES TORRADO

DIRECCION: olajaimep@yahoo.com

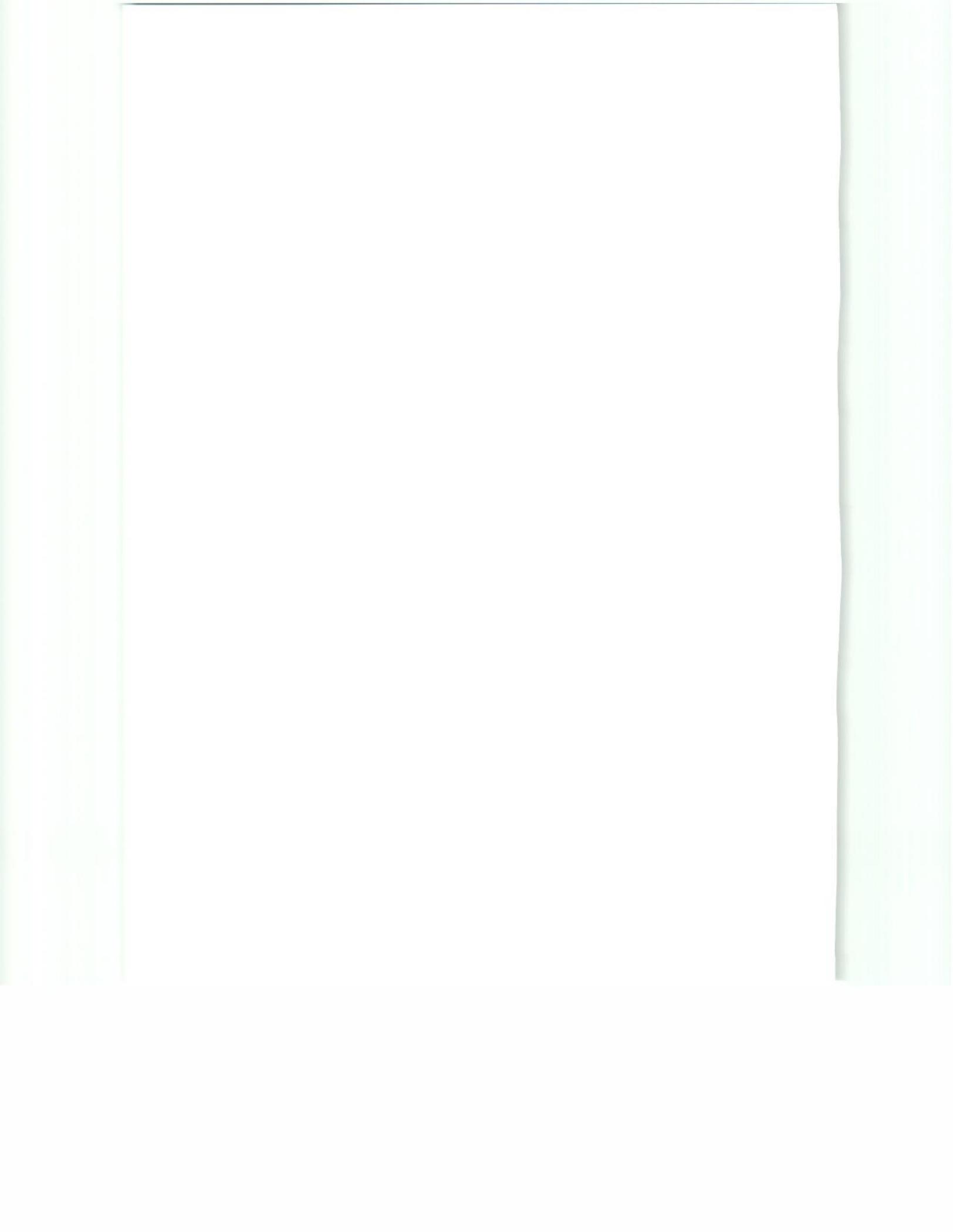
FECHA DE RECEPCIÓN: mayo 8 de 2006

DESCRIPTORES: Justicia, Principio de oportunidad, ley, interés general

RESUMEN: El principio de oportunidad no es todo lo que se ha dicho, ni es la solución redentorista al sistema de justicia, simplemente crea un espacio social y jurídico desde el cual se puede construir un nuevo paradigma fundamentado en significaciones menos normativistas y mas ajustadas al llamado "interés general" del colectivo social.

KEY WORDS: Justice, Principle of opportunity, law, general interest

ABSTRACT: The opportunity principle is not everything what saying is had, nor is the redentorist solution to the justice system, simply it creates a social and legal space from which a new paradigm based on normativist meanings can be constructed the less and but fit to the call "general interest" of the social group.



# El principio de oportunidad, el fin de la historia

---

Jaime Enrique Puentes Torrado

**A** las puertas de un profundo cambio en las costumbres jurídico procesales con la adopción del sistema acusatorio, ya en buena parte implementado en el territorio nacional, surgen una serie de interrogantes acerca de la dimensión del cambio y los efectos reales que este traerá para la justicia colombiana.

La premisa que construye este plano conjetural se funda en el proceso histórico colombiano el cual ha cimentado todo el discurso jurídico penal en la inmutabilidad del principio de legalidad.

No cabe duda que por muchos años la confianza jurídica radicó esencialmente en la norma como elemento todopoderoso capaz de entregar una solución justa o injusta pero articulada a un sistema jurídico dotado de una regla de verificación de validez.

Estos mismos antecedentes muestran que dicha garantía de seguridad resulta absolutamente necesaria dada la inestabilidad del sistema y la permanente reforma a las normas jurídicas, lo cual a su vez involucran cambios sustanciales en la percepción del aparato de justicia penal.

Ahora bien, la primera pregunta que ha surgido en ámbito jurídico colombiano tras la caída del sistema mixto procesal y el acogimiento de un sistema acusatorio con algunas de las características del sistema norteamericano, es precisamente que ocurrirá con el exagerado culto a la legalidad que ha enmarcado por años nuestro derecho penal.

Recordemos que en el imaginario social el rompimiento de la relación entre derecho y religión simplemente se dio, en nuestro medio, como un tránsito de los principios ortodoxos del ius naturalismo de Tomás de Aquino o los bienes jurídicos básicos de Finnis al sistema normativista de H. Kelsen, donde únicamente se adopta el sistema jerarquizado de normas con un principio de validez, pero sin abandonar la concepción divina del ius puniendi.

Cuando nos adentramos en el sistema de normas, en la posición de la norma fundante ubicamos a dios como ser dotado de la capacidad de justicia y al no abandonar la concepción valorativa de lo moral construimos una red de significaciones jurídicas en las que depositamos, sin ningún tipo de juicio valorativo, nuestras expectativas de justicia.

Indudablemente estos presupuestos permiten establecer que la respuesta a ese interrogante inicialmente formulado habrá de ser múltiple, variado e inconsistente frente a los efectos que ello acarreará en la práctica jurídica.

Parece ser que se acepta que la realidad en materia de confianza al sistema de justicia no están fuerte como la que se establece frente a la Ley. Existe una profunda visión de seguridad jurídica, no frente al juzgador, sino frente a la norma que él aplica.

Pretender en este momento una tesis definitiva, como en todos los casos, resulta una pretensión arrogante e impregnada del riesgo que conlleva la verdad verdadera, la cual siempre se la hemos dejado a dios, por eso la aproximación que aquí se construye frente al concepto, lleva implícita en su esencia la necesidad de análisis deconstructivo, a fin de retroalimentar los elementos definitorios que la componen.

Tenemos entonces que los fines expuestos por el Estado, desde las comisiones que elaboraron la reforma al procedimiento penal, determinan unos derroteros de política criminal muy precisos sobre eficacia y eficiencia del aparato de justicia, sin embargo, el objeto de este escrito no es establecer si estos propósitos serán alcanzados con las normas finalmente aprobadas, sino tan solo concentrarse en una de las novedades del Código: el Principio de Oportunidad, definido como la facultad otorgada a la Fiscalía General de

la Nación para suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal de los autores y partícipes en hechos que revistan las características de una conducta punible.

### **Breve repaso del concepto:**

La evolución del concepto del principio de Oportunidad desde la supresión de las hostilidades particulares y la venganza privada en la Europa medieval, implica que el Estado ostenta el derecho a juzgar los crímenes y castigar a los responsables. El monopolio estatal del *ius puniendi* ha sido desde entonces una constante universal fundada en el interés público de persecución de los crímenes y de los criminales.

Ubiquémonos, pues, en el contexto social. El acelerado incremento del fenómeno delictivo, sobre todo el relacionado con la pequeña criminalidad, ha hecho que el sistema procesal colombiano asimile algunas instituciones jurídicas propias del derecho anglosajón. Específicamente, la institución de concebida en el llamado principio de oportunidad, conforme el cual se faculta al fiscal para abstenerse de ejercitar la acción penal cuando se presentan dos circunstancias: *Falta de Necesidad de Pena y Falta de Merecimiento de Pena*.

Por esta razón, ya no se puede afirmar que el proceso penal colombiano se basa exclusivamente en la obligatoriedad de la acción penal, es decir, que *la persecución de los hechos delictivos no puede ser materia negociable para las partes*. Hoy se regula legalmente que tanto el Fiscal, el agresor y el agraviado por el delito se pueden poner de acuerdo en cuanto a la aplicación o no aplicación de la pena. De esta manera, se consigue satisfacer el interés público que existe en torno a la efectividad y rapidez en la resolución de los conflictos sociales generados por el delito y, al mismo tiempo, se satisfacen los intereses reparatorios de la víctima. Realmente esta situación no conlleva nada de novedosa pues de tiempo atrás en el derecho penal colombiano ha sido vista con buenos ojos la reparación del derecho, casi como el fin último, recordemos que el pasados códigos nos hablaban del desistimiento y de la extinción de la acción penal por reparación integral.

En el Estado moderno, el procedimiento penal propio de la concepción Democrática social de Derecho, tiene un horizonte de proyección mucho más amplio, sus **finés** cubren tanto la satisfacción de los intereses del Estado en la aplicación del *ius puniendi* como el resguardo del derecho a declarar la libertad del ciudadano inocente, la reparación de la víctima y la reinserción del imputado. La aplicación de los Criterios de Oportunidad en nuestro ordenamiento procesal penal armoniza, indiscutiblemente, con estos fines y

con los principios mismos que incorporó el constituyente de 1991 al establecer y permitir una estructural reforma en el sistema de justicia.

Centrados en este análisis, se puede afirmar que el inicio o apertura de un proceso penal en el sistema colombiano, ante el conocimiento de la realización de un hecho delictivo ha dejado de ser una respuesta legal automática. Lo cual conlleva necesariamente que la Fiscalía General de la Nación ya no está obligada a ejercitar la acción penal ante toda conducta criminal y el Principio de Legalidad estricto, que determinaba la indisponibilidad de la acción penal, ha cedido el paso a un tratamiento penal donde se plantean nuevos elementos que pueden llevar a la conclusión que el aparato de justicia del Estado debe generar un espacio diverso ante la conflictualidad que implica el trasfondo de la acción delictual.

Se percibe entonces, que el hecho de que el legislador halla incorporado el llamado principio de oportunidad en el ordenamiento procesal penal colombiano encuentra su fundamento en razones de utilidad pública o interés social, representada cuantitativamente en eficiencia de la justicia y cualitativamente en eficacia material del ius puniendi.

Estos criterios en últimas lo único real que involucran es que formalizan y le generan responsabilidad al Estado frente a la selectividad en la aplicación del sistema penal, cuestión que opera en la práctica pero bajo un telón de arbitrariedad y corrupción. No es gratuito el título de la obra del maestro Leopoldo Múnera "la Ley es pa los de ruana". Ahora la ruana queda legalmente reglamentada dado que los criterios de aplicación del principio de oportunidad tiene por principal designio evitar la selectividad caótica y desproporcionada de los casos penales que merecen ser sometidos al sistema penal. De igual modo, permite la consecución de los intereses reparatorios de la víctima del delito, lo que no se contrapone con los intereses públicos relacionados con la eficacia, celeridad y economía en la impartición de justicia. Queda claro, entonces, que la institución de la oportunidad reglada devuelve, en cierta forma, el protagonismo procesal al ofendido por el delito. Se trata, pues, de un mecanismo legal que pone en el mismo plano la búsqueda del resarcimiento de la víctima y la realización de la pretensión punitiva estatal. De allí que el Estado puede renunciar a castigar, entre otros casos, cuando se ha resarcido patrimonialmente al perjudicado por la comisión de un delito o, en caso contrario, inicie el proceso y aplique una sanción penal efectiva contra el delincuente que incumple con el compromiso de reparar a la víctima.

Desde el mismo anuncio de la adopción del principio de oportunidad como una institución novedosa del derecho penal colombiano, la opinión especializada viene sufriendo los remezones el cual ha afectado sus cimientos paradigmáticos basados en la inflexibilidad del Principio de Obligatoriedad en

el ejercicio de la acción ante toda *notitia criminis* que llegaba a conocimiento del Fiscal.

Como se señaló anteriormente, el legislador colombiano ha facultado al Fiscal para que se abstenga de ejercitar la acción penal en base a dos supuestos legalmente establecidos: falta de necesidad de pena y falta de merecimiento de pena. Por otro lado, la aplicación de estas pautas de oportunidad por el Fiscal no está sujeta al control jurisdiccional, lo que nos lleva a afirmar que el proceso penal colombiano se ha rediseñado al adoptarse, con algunas limitaciones legales, una institución característica del modelo de justicia criminal anglo-americano. Sistema en el cual, el inicio del proceso o su no impulso se encuentra determinado por la negociación a que llegan las partes: Fiscal e imputado, sin ninguna intervención del Juez. La disponibilidad de la acción penal es una facultad irrestricta del Fiscal en el proceso norteamericano. En cambio, el legislador colombiano ha normado la oportunidad otorgando limitados poderes de disposición de la acción penal al Fiscal, lo cual no significa que se ha dejado de lado el Principio de Indisponibilidad, pues los intereses públicos continúan siendo el objeto principal del proceso y, además, la posibilidad de disposición se circunscribe a unas circunstancias concretas regladas.

El Legislador al reglamentar el principio de oportunidad cerro la puerta a las permanentes críticas que se vertían sobre el instituto por la naturaleza política de la Fiscalía General la cual tiene su origen indirecto en los intereses del ejecutivo y ante la preeminencia de un régimen de profunda influencia y poder presidencial se temía lo peor, pues nadie garantizaba seguridad jurídica frente a una potestad absoluta discrecional del Fiscal, en efecto, sólo tratándose de casos en los que se produce una mínima afectación a los bienes jurídicos o cuando el imputado ha manifestado una escasa responsabilidad en su comisión o en los demás casos reglados, el Fiscal y el autor del delito pueden decidir sobre la apertura del proceso. Ambos se hallan facultados para negociar, tomando en cuenta los intereses reparatorios de la víctima, acerca del no ejercicio de la acción penal a cambio del otorgamiento de una reparación por el daño ocasionado. Frente a otras situaciones era imperioso para el sistema colombiano la posibilidad de generar estos espacios de negociación por el poder y la estructura jerarquizada de las organizaciones criminales.

Podemos conjeturar que diversas han sido algunas de las razones que se han explicitado desde el legislador para la adopción de esta institución de origen esencialmente anglosajona, podríamos atrevernos a señalar algunas:

Ante la evidencia histórica de la falta de funcionalidad del sistema de justicia penal se pretende la eficacia del sistema a través de una selectividad

controlada de los casos que merecen el ser llevados ante un Juez, pensemos en términos de gestión en un ambiente controlado de discrecionalidad del Estado.

Tenemos un sistema estructuralmente disfuncional que conlleva a decisiones del juez penal tardías e inefectivas frente a los fines del derecho, recordemos el adagio que "una justicia tardía es una injusticia" los criterios de oportunidad buscan favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Nuestro derecho penal es exageradamente romántico, es casi una poesía jurídica, con una concepción de la pena injusta y hostil, en el nuevo sistema la relativización de la legalidad implica necesariamente la revitalización de los objetivos de la pena.

Igualmente podemos evidenciar que en los Estados en vía de desarrollo el derecho penal es un derecho antidemocrático de practicas clasistas, en principio la ruptura del paradigma de la legalidad permitirá formalmente la ratificación del Principio de Igualdad.

Aunque uno de los fines teóricos del derecho a castigar esta en la reparación del derecho conculcado con la conducta criminal, es decir el resarcimiento del derecho, la realidad muestra otra cosa, pues el ofendido o perjudicado pocas veces encuentra un espacio coherente en el proceso penal que le permita el cumplimiento de este fin, la negociación que involucra los criterios de oportunidad lleva a la materialización de la finalidad de obtener la rápida indemnización de la víctima.

También es cierto que este espacio que abre el principio de oportunidad para los perjudicados o la víctima de la conducta criminal frente al derecho y la materialización del resarcimiento del derecho conculcado, se cierra frente al sistema acusatorio como tal, puesto que el esquema procesal involucra la naturaleza adversarial del debate oral, con exclusión de la víctima, quien es considerada como un estorbo frente a la necesidad de eficiencia del sistema de justicia penal.

Las penas cortas han demostrado generar efectos criminógenos como factores de reproducción y multiplicación de comportamientos criminales, al llevar a juicio solo causas en las que el quantum de la pena es significativo se reduce sustancialmente este factor, las penas altas dejan de ser una mera expectativa.

Así encontraremos que, hoy en día, cualquier proceso penal moderno, si bien ha de continuar fiel a su función tradicional de castigar al criminal con todas las garantías procesales y constitucionales, propias de un Estado Social de Derecho, como el colombiano, no puede renunciar a tutelar, en la medida en

que sea posible, otros derechos o intereses dignos de protección que la propia Constitución reconoce, como son, por ejemplo, el de la víctima del delito y el de la reincorporación a la vida social del inculcado penalmente.

Ahora, este postulado no está afirmando la necesidad de articular a la víctima en el sistema acusatorio, ya que si analizamos con detenimiento el sentido del debate oral, implica una proyección y delimitación de justicia retributiva más no reparatoria, este campo debe ser intentado ante el Juez natural que es el Juez Civil a quien corresponde en un proceso lleno de garantías determinar la responsabilidad civil extracontractual derivada del delito.

Ubicándonos en el trasfondo de la facultad de aplicar los Criterios de Oportunidad, que se asigna al Fiscal, entendemos que la misma responde a las exigencias del moderno Estado Social de Derecho y a la función de prevención especial que la pena y el Derecho Penal asumen en él. De igual forma lo interpretamos como una clara manifestación del Principio de Proporcionalidad que debe guiar tanto la utilización del poder beligerante como la aplicación de las normas penales y procesales por parte de los miembros del sistema de justicia penal. Debemos abandonar la idea de que el estado debe responder de forma igual ante la pequeña y la grave criminalidad, se precisa, en estos casos, de una respuesta jurídica adecuada, "justa y útil" haciendo caso de la tendencia metodológica de separar la grande de la "pequeña o mediana" criminalidad. Recordemos como ante esta indeterminación metodológica el Estado ha optado por entremezclar conceptos crimino génicos permitiendo al delincuente del "gran crimen" un tratamiento más benévolo que a quien delinque sin generar mayor daño o atentando contra bienes jurídicos de menor jerarquía valorativa. Pensemos en dos casos concretos, una sentencia de segunda instancia por homicidio culposo agravado confirma una condena por 24 meses de prisión otorgando el subrogado de la condena de ejecución condicional; otra sentencia de segunda instancia confirma una condena de 36 meses de prisión por el hurto agravado y calificado, sin subrogado alguno. En el primer caso, un conductor de un automotor, ebrio, causa la muerte a un menor de 7 años que se hallaba en un separador vial, el imputado huye injustificadamente del lugar de los hechos y posteriormente le imputa la conducta al taxista que auxilió al moribundo menor. En el segundo caso un sujeto sustrae una caja de cuchillas de afeitar de la bodega de un supermercado de cadena, lo hace en compañía de otros dos muchachos y escalando el muro posterior del parqueadero. Acaso estas situaciones no nos evidencian cierta desproporción del sistema?.

Obviamente semejante desequilibrio no va a ser subsanado con la mera adopción criterios de oportunidad, sino que van a convertir el sistema en

algo más transparente, donde el Fiscal puede en el segundo de los casos abstenerse de acusar por la insignificancia de la lesión al bien jurídico. En el primer caso del homicidio muy seguramente la cuestión no pase de la fase de negociación, pero evidenciará el resarcimiento del derecho patrimonial a los perjudicados con la muerte, esto convierte en real un efecto que se limitaba a una sentencia de papel.

Abandonando la problemática circunstancial, tenemos que, en primer lugar, corresponde al ordenamiento jurídico prever para cada especie -bien delimitada- de criminalidad "reacciones" no sólo cuantitativa sino también cualitativamente distintas, con instrumentos y procesos, así como procedimientos distintos. En segundo lugar, dentro de un nuevo paradigma de justicia penal debe quedar definido y delimitado lo que podríamos denominar una etapa de consenso referida a la pequeña y mediana criminalidad del espacio de conflicto vinculada al tratamiento penal de una criminalidad grave.

### **El principio de Oportunidad y el fin de la historia.**

Tomando una connotación política en la enunciación de la temática a modo de ubicación en el tema, señalamos que para un determinado sector de la doctrina procesal penal existe una seria problemática generada por la naturaleza excluyente de la vigencia del Principio de Legalidad y la utilización de los Criterios de Oportunidad por parte del Fiscal.

*Tal situación se genera en el argumento que, a partir de la codificación napoleónica se consagró el Principio de Legalidad como pilar fundamental del orden jurídico. Siendo, a partir de ese momento que este principio, de naturaleza técnica, empieza a informar la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas o grupos normativos del Derecho como totalidad. De tal forma, que el Derecho Penal y Procesal Penal están vinculados también al Principio de Legalidad.*

*La ley rige tanto el inicio como la finalización del proceso penal. La actividad de los funcionarios intervinientes en su desarrollo está regulada en base al interés público que existe en la persecución del delito, la aplicación del ius puniendi y los derechos garantizados al imputado. Predomina, pues, el interés público y, por tal razón, no concuerda con la utilización de los criterios de oportunidad que rige en todos los procesos en los cuales el interés predominante es el del individuo.*

De acuerdo a esta percepción de un área problemática, en el ámbito del proceso penal el **Principio de Legalidad** se entiende como la obligación que tiene el Fiscal de promover necesaria e inmediatamente la acción penal, una

vez llegada a su conocimiento la *notitia criminis*. No obstante en ciertos sectores de doctrina se anuncia una supuesta contradicción entre el Principio de Legalidad y la utilización de los Criterios de Oportunidad. Alguna parte de ella estima que, *la facultad otorgada al Fiscal para que se abstenga de ejercitar la acción penal colisiona directamente con el Principio de Obligatoriedad*. De esta manera, *equiparan el Principio de Legalidad con el de Obligatoriedad*. Para otra parte de la doctrina penal, en cambio, *la utilización de tales Criterios de Oportunidad vulnera el carácter indisponible de la acción penal*.

#### **Algunos conceptos involucrados:**

Cuando se establece que un proceso esta informado por el Principio de Obligatoriedad o Necesidad estamos concluyendo la primacía del **interés público** en la promoción y posterior desenvolvimiento de la acción penal.

Podemos establecer brevemente que la tesis planteada desde el Principio de Obligatoriedad se basa, en los siguientes argumentos:

- a. El derecho a la jurisdicción y al acceso a la justicia penal,
- b. El Principio de Igualdad Jurídica, el cual implica en que no se debe ni puede seleccionar en forma arbitraria a los ciudadanos que deben ser acusados ante la jurisdicción penal.
- c. La independencia del Poder Judicial, en la medida en que se justifica que quien asume la función de acusador, aunque no lo haga a ultranza en forma obligatoria, sea un sujeto distinto al juzgador.

Si retrotraemos al origen de esta concepción absoluta del derecho a castigar, llegamos a las teorías de Kant y Hegel para las cuales, en forma ineludible, todo hecho en apariencia delictivo debería traducirse, necesaria y obligatoriamente, en una acusación y en un proceso penal, tesis que dejan de lado teorías involucradas con el Estado Moderno como son: las utilitarias y resocializadoras de la pena.

Lo que queda claro hasta este momento es que, no se trata de renunciar a la aplicación del *ius puniendi* del Estado, otorgando al Fiscal facultades ilimitadas para determinar qué ilícitos penales merecen ser denunciados formalmente. El papel del Fiscal aún permanece gobernado por el Principio de Obligatoriedad en vista de que el proceso penal y la aplicación del *ius puniendi* tienen como principal designio el velar por la satisfacción de intereses generales de la sociedad..

Bajo esta percepción tenemos que el Fiscal no se encuentra obligado, por la naturaleza del Principio de Legalidad procesal, a ejercitar la acción penal

en todas las denuncias presentadas por la víctimas o terceros, sino sólo en aquellas donde se presenten indicios fácticos de su comisión. El acto de archivo de la denuncia no constituye una excepción al Principio de Legalidad procesal, en tanto éste obliga al Fiscal a formalizar denuncia, siempre y cuando existan indicios fácticos que hagan presumible la comisión del hecho denunciado.

En síntesis, sería el Principio de Obligatoriedad el que se vería afectado con la adopción del principio de oportunidad, igualmente resulta evidente que el paradigma de la legalidad entra en una fase de flexibilización reglamentada que debe permitir al sistema de justicia colombiano ocuparse de aquellos casos en los que realmente exista un interés social por la represión del delito, y debe facilitar de otra parte la persecución de formas organizadas de delincuencia, las que con la rigidez de la legalidad resultaban blindadas a posibles filtraciones o delaciones de sus propios miembros.

Vale bien la pena resaltar, que en el proceso penal colombiano, la introducción de los Criterios de Oportunidad lo único que hace es flexibilizar Principio de legalidad, lo cual no implica que el ejercicio de la acción penal sea disponible de manera abierta para la Fiscalía.

Vemos como muy distante del modelo de justicia criminal anglo-americano, el sistema acusatorio colombiano responde a una sistemática basada en la ley y en la búsqueda, primordialmente, de la satisfacción de los intereses generales anteponiéndolos a los que pudieren surgir de la órbita privada. La disponibilidad de la acción penal sólo se hace efectiva cuando los intereses sociales generales en la aplicación del *ius puniendi* son escasos o cuando le es más económico y beneficioso al Estado dejar que los directamente implicados en delitos de escasa relevancia social solucionen el conflicto en forma conciliada.

#### **Criterios de Oportunidad:**

Podría pensarse en el establecimiento de algunas pautas generales que se establezcan como criterios marco en la aplicación del principio de oportunidad, recordando siempre el límite frente a *aquellos casos legales en los que el Estado puede prescindir de la persecución penal*.

a) existen algunos **Criterios Cuantitativos** relacionados con la insignificancia del hecho o la escasa culpabilidad.

b) De otra parte podríamos encontrar **Criterios Cualitativos** relacionados sustancialmente con la existencia de determinados tipos de delitos o condiciones especiales del caso.

c) Se evidencian igualmente **Criterios de Economía** referidos a la multiplicidad de hechos imposibles de investigar o cuya investigación no produce modificaciones sobre la pena imponible.

d) Finalmente pensemos en **Criterios de Mayor Interés** en los controversiales casos en los que el Estado prescinde de la acción penal por colaboración del sujeto frente a su testimonio o información para solucionar casos de mayor interés social.

Resulta claro en el análisis de estos criterios que la ley constituye el marco de referencia donde se desarrolla el principio de oportunidad y donde estos criterios tienen el límite de interpretación. Este rigor del marco legal frente al principio corresponde a la concepción europea – continental.

Desde la misma percepción, el uso de los Criterios de Oportunidad se encuentra incluido en el Principio de Legalidad. Suponen la atribución al Fiscal, por parte del ordenamiento jurídico, de un margen de disponibilidad de la acción penal, configurado por una pluralidad de soluciones, todas ellas válidas en la medida que se adecuan a la legalidad. El Fiscal se halla sujeto a la ley tanto si ejercita la acción penal como cuando se abstiene de hacerlo. En la doctrina española es donde esta postura doctrinaria tiene mayor aceptación. Así, se concibe *“la oportunidad no arbitraria, sino “reglada”*, esto es, concebida no como una facultad libre del Fiscal, sino sujeta a normas preestablecidas cuyo acatamiento puede ser controlado por el órgano jurisdiccional), *no supone contradicción alguna con la legalidad*. Como conclusión a este trabajo, tenemos que ha llegado el fin de un proceso de significación social frente a la seguridad jurídica cimentada en la capacidad absoluta de la norma de ofrecer una solución ajustada al orden jurídico válido, dando paso a la posibilidad de construcción de soluciones pensadas desde el Fiscal y dentro del marco de reglamentación del principio.

El principio de oportunidad no es todo lo que se ha dicho, ni es la solución redentorista al sistema de justicia, simplemente crea un espacio social y jurídico desde el cual se puede construir un nuevo paradigma fundamentado en significaciones menos normativistas y más ajustadas al llamado “interés general” del colectivo social.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBIN, Eser. Temas de Derecho Penal y Procesal Penal, Editorial Idemsa. 995.
- CAFETZOGIUS, Alberto. Derecho Procesal Penal. Ediciones Hammurabi. Buenos Aires 1977.
- ALFARO PINILLOS, Roberto. Compendio Práctico de Derecho Procesal Peruano (2,628 preguntas y respuestas). Serie: Derecho Empresarial. Editorial San Marcos, Lima, 2000, Instituto Cesare Beccaria. Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal. Editora Jurídica « GRIJLEY ». Lima, 1991.
- AMUCHÁTEGUI REQUENA, Irma.- Derecho Penal. Editorial Harla, México 1993.
- ARAGONESES, Alonso. Instituciones del Derecho Procesal Penal. Gráficas Mesbard. Madrid 1997.
- BETTIOL Giuseppe. Instituciones de Derecho Penal y Procesal. Barcelona, Bosh, 1973.
- ARMENTA DEU, Teresa. Principio Acusatorio y Derecho Penal. Editorial JM Bosch. Barcelona 1995.
- ARMENTA DEU, Teresa. Criminalidad de bagatela y Principio de oportunidad: España y Alemania. Barcelona. Edit. PPU, 1ra. Ed. 1991.
- BACIGALUPO, Enrique. Lineamientos de la Teoría del Delito. Buenos Aires, Astrea, 1978.
- BACIGALUPO, Enrique. Descriminalización y Prevención, en Poder Judicial, Madrid, 1987, N° Esp. II. Finzi, Buenos aires. Ediciones DE PALMA, 1ra. Ed. 1986.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Temas de Derecho Penal, Lima, Cultural Cuzco Editores: 1993.
- BETTIOL Giuseppe. Instituciones de Derecho Penal y Procesal. Barcelona, Bosh, 1973.
- BETTIOL, Guisepppe. Instituciones del Derecho Penal y Procesal Penal. Editorial Bosch. Barcelona 1977.
- BOVINO, Alberto. Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo. Editorial AD – HOC, Argentina 1992.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. Introducción al Derecho Penal. Bogotá, Themis, 1986.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan y LARRAURI Elena. Victimología, Barcelona PPU, 1993.
- CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto, Teoría General del Proceso y de la Prueba. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- CAFETZOGIUS, Alberto. Derecho Procesal Penal. Ediciones Hammurabi. Buenos Aires 1977.
- CAIVANO, Roque J. Jurisprudencia Argentina. Número 5942 ; Buenos Aires, Argentina, 1995.
- CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español. Parte General I. Madrid, Tecnos, 1990.
- COBO DEL ROSAL Manuel y VIVES ANTON Tomás. Derecho Penal - Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.
- Código Penal, 5 códigos y legislación complementaria, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- COUSIÑO Luis. Derecho Penal Chileno I y II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1975.
- CREUS Carlos. Esquema de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Astrea, 1993.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal. Teoría y práctica. 4ta. Edición. Palestra Editores, Lima, 2000.
- CURY, Enrique. Derecho Penal I y II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2da. Ed. 1992.
- CHIL MEZARINA, Juan. Apuntes para la Estructuración del Ministerio Público. Fondo editorial del Ministerio Público. Lima 1998.

- DELGADO BARRIO. El Principio de Oportunidad en el Proceso Penal, en Actualidad Penal. Madrid, semana - 15 Abril 10, pág. 76.
- DELMAS - MARTY, Mirelle. Modelos Actuales de Política Criminal, Madrid: Centro de Publicaciones de la Secretaría de Justicia, 1986.
- DE RIVACOBA Y RIBACOBA. Hacia una nueva Concepción de la Pena. Lima, Grijley, 1995.
- DEVIS ECHEANDIA, Hernando, Teoría General del Proceso, Tomo I, Editorial Universidad S.R.L. 1999.
- ESSER, Albin. De los delitos y de las Víctimas. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.
- FISCALÍA DE LA NACIÓN. Circular N° 006-95-MP-FN : El Principio de Oportunidad, aprobada por Res. N° 1072-95-MP-FN. 16/11/95.
- GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. La Reparación Civil en el Proceso Penal, IDEMSA, Lima, 1999.
- GARCÍA DEL RÍO, Flavio. El Principio de Oportunidad. Ediciones legales. Lima, 2000.
- GIMENO SENDRA, Vicente, Derecho Procesal Penal, Editorial Colex 1989.
- GOMEZ COLOMER, Juan Luis. El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas. Bosch, Casa Editorial S.A..
- GONZÁLES MANTILLA, Gorki, Poder Judicial, Interés Público y Derechos Fundamentales en el Perú, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Barcelona, Bosh, 1984.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- HURTADO POZO, José. El Ministerio Público. Editorial EDDILI. Lima 1984.
- INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGÍA Criminología y Derecho Penal. Donostia: Ref. 1989.
- JESCHECK, Hans. Tratado de Derecho Penal I y II. Barcelona, Bosh, 1981.
- JUNCO VARGAS, José Roberto. La Conciliación - Aspectos sustanciales y Procesales ; Ediciones Jurídica Radas ; Sta. Fe ; Bogotá ; Colombia ; 1994.
- KRUMPELMAN, Justus. Delitos de Bagatela. Barcelona, Bosh, 1976.
- LEDESMA NARVAEZ, Marianella. El Procedimiento Conciliatorio, Un Enfoque Teórico - Normativo. Gaceta Jurídica. Editores. Lima, 2000.
- MIR PUIG, Santiago. Introducción a las Bases del Derecho Penal. Barcelona, Bosh, 1976.
- MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
- MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y MONTÓN REDONDO Alberto: "Derecho Jurisdiccional". Tres tomos, Bosch, Barcelona, 1994.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Terant lo Blanch, Valencia, 1996.
- NOVAK, Fabián, Las Garantías del Debido Proceso. Imprenta DESA S.A.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Alternativas, Lima, 1996.
- ROXIN, Clauss. Derecho Penal, Parte General. Traducción de Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997.
- PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General. 3er. Edición Editora Jurídica Grijley. Lima, 1999.
- RUBIANES, Carlos, Derecho Procesal Penal. Tomo I, Ediciones De Palma. Buenos Aires.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: Comentarios al Código Procesal Penal Idemsa, Lima, 1994.

SERRANO PIE DE CASAS, Fernando. Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal. Anotaciones de Derecho peruano por el Prof. Carlos Caro. Gráfico Horizonte S.A.; Lima, 1999.

SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956.

VASALLO SAMBUCETI, Efraín. La Acción Civil en el Proceso Penal. Editorial San Marcos, Lima, 2000.

VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal. Parte General. Ediciones San Marcos, Lima, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Ediciones Jurídicas, Lima, 1990.