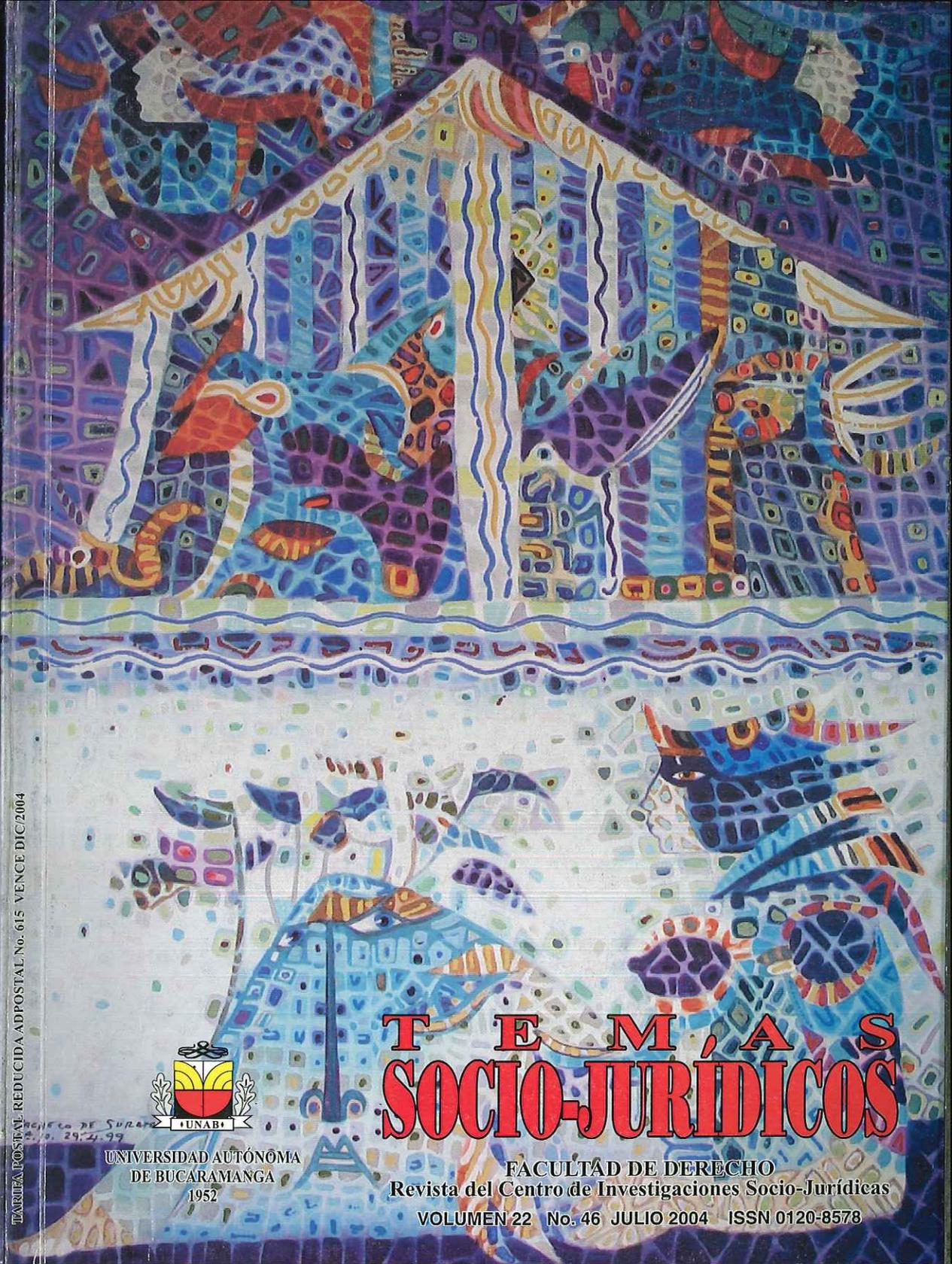




UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA
1952

e-mail: temassj@bumanga.unab.edu.co



TARIFA POSTAL REDUCIDA ADPOSTAL No. 615 VENCE DIC/2004



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE BUCARAMANGA
1952

TEMAS SOCIO-JURÍDICOS

FACULTAD DE DERECHO
Revista del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

VOLUMEN 22 No. 46 JULIO 2004 ISSN 0120-8578

T E M A S

SOCIO - JURÍDICOS

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES
SOCIO-JURÍDICAS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

1952

A M E
JURÍDICAS

GABRIEL BURGOS MANTILLA
Rector

JORGE HUMBERTO GALVIS COTE
Vicerrector Administrativo

GRACIELA MORENO URIBE
Vicerrectora Académica

Centro de Investigaciones Socio Jurídicas
LAUREANO GÓMEZ SERRANO
Director - Editor

Facultad de Derecho
JUAN CARLOS ACUÑA GUTIÉRREZ
Decano

PABLO ANDRÉS DELGADO PEÑA
Coordinador de Facultad

Directores de Área
ANTONIO BOHÓRQUEZ ORDUZ
Área Profesional

LAUREANO GÓMEZ SERRANO
Área Científica

Directores de Línea
MARÍA ANTONIA TOSCANO DE SÁNCHEZ
Derecho Penal

JORGE ENRIQUE PRADILLA ARDILA
Derecho Privado

AÍDA FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS
Derecho Público

IVÁN SANTOS BALLESTEROS
Derecho Procesal

JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ
Derecho Laboral

CARLOS ANDRÉS GONZÁLEZ LEÓN
Derecho Económico

Comité de Editorial

Laureano Gómez Serrano
Jorge Eduardo Lamo Gómez
Jorge Antonio Castillo Rugeles
Aída Fernández de los Campos
Mónica Cortés Falla

Comité Literario:

Heriberto Sánchez Bayona
Carlos Andrés González León
Mónica Robledo Cadavid
Mario Guevara Mendoza

Portada:

OLEO
Pacheco de Suratá

Editada por:

Centro de Investigaciones Socio Jurídicas
Periodicidad Semestral
Depósito Legal Verificado
Tiraje: 1300 ejemplares
Formato 17 x 22 cms

Calle 48 N. 39-234 - Conmutador 6436111 - 6436261
Apartado Aéreo 1642 - Bucaramanga - Colombia,
Sur América.

LAS OPINIONES CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS DE
ESTA REVISTA, NO VINCULAN A LA INSTITUCIÓN, SINO
QUE SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE LOS
AUTORES, DENTRO DE LOS PRINCIPIOS
DEMOCRÁTICOS DE LA CÁTEDRA LIBRE Y LA LIBERTAD
DE EXPRESIÓN CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 3o.
DEL ESTATUTO GENERAL DE LA CORPORACIÓN
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA - UNAB.

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

Temas Socio Jurídicos (Facultad de Derecho)	Bucaramanga Colombia	Vol. 22	No. 46	Julio 2004	ISSN 0120-8578
--	-------------------------	---------	-----------	---------------	----------------

INDICACIONES A LOS AUTORES

La Revista Temas Socio Jurídicos es una publicación seriada del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, dependencia adscrita a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, que se dirige principalmente a Abogados, profesionales de las ciencias sociales y humanas, a estudiantes de derecho y de ciencias sociales y humanas.

Los siguientes tipos de artículos podrán ser incluidos en su contenido:

1. Originales provenientes de investigaciones.
2. Teóricos producto de análisis de teorías establecidas o innovaciones teóricas.
3. Artículos producto de revisión de un tema específico.
4. Ponencias
5. Notas
6. Discusiones

Los trabajos deben ser inéditos y sometidos a consideración del Comité de TEMAS SOCIO JURIDICOS, se exceptúa la reproducción, con permiso del autor o editor de artículos de especial interés. Cuando el artículo haya tenido una publicación previa, el autor o autores deben informar al remitir el artículo a publicar. Las ideas expuestas en el artículo remitido son de exclusiva responsabilidad de los autores.

El trabajo debe enviarse en original y una copia en papel tamaño carta por un solo lado dejando márgenes de 25 mm. Cada copia debe incluir todas las tablas y figuras. Si es posible, el trabajo puede enviarse en disquete digitado en procesador de palabras debidamente identificado. El remitente debe conservar copia de todo el material que envíe. El trabajo debe venir acompañado de una carta del autor principal en el que se exprese que ha sido leído y aprobado por todos los autores. En la carta se consignan también el nombre y dirección del autor responsable de la correspondencia relacionado con el artículo. Los artículos deben dirigirse a:

TEMAS SOCIO JURÍDICOS CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS

Universidad Autónoma de Bucaramanga
Calle 48 no 39-234 Bucaramanga, Colombia.
E-mail: temassj@bumanga.unab.edu.co

RESUMEN DE REQUERIMIENTOS TÉCNICOS

- Todo artículo debe prepararse a doble espacio.
- Cada sección debe iniciarse en una nueva página.
- La presentación del artículo debe seguir el orden siguiente: Título, resumen, palabras clave, agradecimientos, resumen en inglés y bibliografía. Las tablas deben venir cada una por separado, con su respectiva leyenda y numeración arábiga.
- Las ilustraciones, gráficos y esquemas se denominan FIGURAS, se enumeran según el orden de aparición y sus leyendas se describen en hoja separada.
- Si incluyen ilustraciones propias de otras publicaciones se debe incluir el respectivo permiso para usarlas.

PÁGINA TITULAR

La página titular debe contener:

- a) El título del artículo, el cual debe ser conciso e informativo.
- b) El nombre de cada autor y su mayor título académico.
- c) La institución a la cual pertenecen los autores.
- d) Reconocimiento a la Institución que haya patrocinado económicamente la investigación.
- e) La dirección a la cual se pueden solicitar los reimpresos del artículo.

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

La segunda página debe contener el resumen de no más de 200 palabras. El resumen debe enunciar los propósitos del estudio o investigación, procedimientos básicos, principales hallazgos y las principales conclusiones. Debe enfatizar los aspectos innovadores, producto del estudio o investigación. Seguida a esta sección los autores deben suministrar 3 a 10 palabras clave ó frases cortas, que servirán de guía para realizar índices y referencias cruzadas de artículos.

AGRADECIMIENTOS

Las personas que colaboraron intelectualmente en el artículo pero cuya participación no justifica la autoría pueden ser citadas por su nombre, añadiendo su función o tipo de colaboración; por ejemplo, "recolección de los datos", "apoyo financiero y material, especificando la índole del mismo", etc. Estas personas tendrán que conceder su permiso para ser nombradas. Los autores se responsabilizarán de obtener la autorización por escrito de las personas mencionadas por su nombre en los agradecimientos. El reconocimiento por la ayuda técnica recibida figurará en un párrafo separado.

Tabla de Contenido

7	EDITORIAL
9	PORTADA
11	MULTICULTURALISMO: DEL ESTADO COLONIAL AL ESTADO MODERNO FERNANDO MAYORGA QUIROGA
39	COMENTARIOS A LOS NEGOCIOS ATÍPICOS EN COLOMBIA MÓNICA CORTÉS FALLA
51	EL VOTO FEMENINO EN COLOMBIA. EXPLICACIONES HISTÓRICO JURÍDICAS SOBRE LA DESIGUALDAD POLÍTICA DE LA MUJER ROCÍO SERRANO GÓMEZ
67	TEORÍA DE LA CULPABILIDAD LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN
77	REFORMA AL PROCESO PENAL. DEL RITO DE LA ESCRITURA AL RITO DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO JAIME ENRIQUE PUENTES TORRADO
95	LA CONCILIACIÓN EN MATERIA AGRARIA IVÁN SANTOS BALLESTEROS

- 123 EL CONTRATO DE SEGURO. FORMACIÓN Y PRUEBA
CARLOS HUMBERTO MONTOYA ORTEGA
- 157 DE LO PÚBLICO A LO PRIVADO
CRISTINA DÍAZ – CÉSAR AUGUSTO PEÑA
- 175 LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO Y EL ESTATUTO
ANTITERRORISTA EN COLOMBIA
SANDRA YANETH PÁEZ LEAL
- 195 LA TITULARIZACIÓN DE ACTIVOS
CARLOS ANDRÉS GONZÁLEZ LEÓN
- 209 TALLERES DE INVESTIGACIÓN

Editorial

Presentamos a la comunidad académica la edición número 46 de la revista TEMAS SOCIO-JURÍDICOS de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, que se inserta como una muestra del análisis académico en el marco de las preocupantes modificaciones estructurales que dentro del desarrollo jurídico de país, adelanta el Estado colombiano.

En efecto el Congreso de la República aprobó el llamado " estatuto antiterrorista", como Acto Legislativo 02 de 20003, en el cual se restringe el ejercicio de los derechos fundamentales bajo el pretexto de garantizar la seguridad ciudadana, que ha servido de manto protector a medidas regresivas sobre el ejercicio de la libertad, bajo la inspiración de las doctrinas de guerra preventiva.

Igualmente ha sido aprobado en su primera vuelta constitucional, el proyecto de reforma al régimen político, que introduce la reelección inmediata para el Presidente de la República, sin que se hayan estipulado las garantías electorales para el pleno ejercicio de la actividad política a los eventuales competidores.

Para evaluar el riesgo que para el ejercicio de la democracia formal, implica la actividad partidista de los funcionarios públicos, nos permitimos reproducir la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán, que al respecto, ha sostenido

"A los órganos del Estado la Constitución les prohíbe durante las elecciones identificarse en el ejercicio de sus funciones con los partidos políticos o los candidatos, así como apoyarlos o combatirlos con recursos estatales y, especialmente, influenciar la decisión de los electores a través de la propaganda.

Es incompatible con el principio constitucional que establecer que el parlamento federal y el gobierno federal tienen solo un encargo limitado temporalmente, el que el gobierno que se encuentre en ejercicio de sus funciones, como órgano constitucional, se presente al mismo tiempo en la contienda electoral con el objeto de obtener una reelección, y que para tal efecto haga propaganda solicitando como gobierno la reelección (...) El trabajo público del gobierno encuentra sus límites, donde comienza la propaganda política". (Sentencia BverfGe 44, 125)

Ofrecemos los Comentarios sobre negocios jurídicos atípicos en Colombia, de Mónica Cortés Falla; El voto femenino en Colombia de Rocío Serrano Gómez; De lo público a lo privado, de Cristina Díaz y César Augusto Peña; Multiculturalismo: del Estado Colonial al Estado Moderno, de Fernando Mayorga; La Teoría de la Culpabilidad, de Luis Francisco Casas; Del rito de la Escritura al rito de la Oralidad de Jaime Puentes Torrado; La conciliación en materia agraria de Iván Santos Ballesteros; El contrato de seguro Formación y Prueba de Carlos Humberto Montoya; los Principios del derecho y el estatuto antiterrorista en Colombia de Sandra Yaneth Páez Leal y la Titularización de Activos de Carlos Andrés González.

LAUREANO GÓMEZ SERRANO
Director

Portada

Cuando Pacheco de Suratá cursaba segundo año en la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, en Madrid, pintó un desnudo con un paisaje santandereano al fondo. Su osadía le costó en ese entonces un regaño de su maestro, pero tiempo después, todo quedó olvidado, cuando Fernando Botero, que también estudiaba en esa escuela, recordó que dicho desnudo le había gustado mucho, sobretodo por el paisaje. Luego en Roma, en cierta ocasión, Pacheco de Suratá se encontró con uno de sus maestros españoles, quien le dijo: «hay que saber de anatomía, componer y descomponer para luego olvidar, olvidarlo todo». Por eso este artista santandereano pinta de la manera más diferente a como le enseñaron en la Escuela de San Fernando.

Ya han pasado muchos años desde entonces, incluidos los 30 que vivió en París, 10 de los cuales invirtió en buscar galerías para poder exponer. Luego vendrían decenas de exposiciones en Italia, Suecia, Bélgica, Estados Unidos, Canadá, y por supuesto Colombia. Y con ellas, numerosos premios internacionales. Cuando regresó a Bucaramanga, huyéndole a la congestión de París con un trasteo enorme de obras, se encontró con una ciudad amable que veía en su trabajo algo diferente, un sello personal donde la luz blanca lo inunda todo, a pesar del gran colorido que lo caracteriza.

Ahora ya no se dedica a buscar galerías. Vive tranquilamente en una casa-finca en las afueras de Bucaramanga donde dedica su tiempo a pintar y a Josef, su querida esposa francesa. Y es en este espacio reposado donde ha concebido su última serie de pinturas titulada «Desnudos de la luz con fondo negro», que se expone actualmente en la Alianza Colombo Francesa de Bucaramanga.

Llama la atención en esta exposición, que es precisamente el negro, el que menos aparece sobre el lienzo. Suratá aclara: «interpreto el dolor, sublimo el dolor con la belleza y con la luz». Lo que nos muestra el pintor son mujeres sin detalles, no tan perfectas porque «las mujeres no son así, sus senos tienden siempre a caerse»

afirma. Mujeres tranquilas atravesadas por la luz. Este elemento es de vital importancia en la obra de Pacheco de Suratá.

«Recuerdo que cuando tenía 14 años, en medio de un paseo a Girón y con el sol canicular, dos hombres de blanco frente a un muro blanco, se enfrentaron a cuchillo y uno murió». Ese blanco quedaría marcado para siempre en la memoria del pintor, como un sino en donde en medio del dolor nace la luz; sin duda una bella metáfora que afirma el significado que tiene la pintura para Suratá: «La pintura tiene que ser un elemento de optimismo, un canto a la vida». Eso lo vemos en sus cuadros.

Allí está la belleza y el cuerpo humano que sintetizan para el pintor, «la armonía del universo». Están también los personajes de cabezas alargadas que han caracterizado a Suratá durante años.

Y está su sello inconfundible de fragmentación, interpretado por el autor como la mutación cultural que lleva América a cuevas desde su conquista.

Es este tema el que ha despertado mayor curiosidad en Pacheco de Suratá. Es una búsqueda por «dejarse vivir auténticamente, por la identidad» afirma, «y a los artistas nos toca el dulce deber de corregir este defecto».

Por ello muchas de sus obras anteriores hablan de los mitos precolombinos, de la masacre de Machuca, de las orquídeas, de los cóndores, de la mujer morena, de la historia perdida de Colombia, de la lengua que no poseemos.

Y es en medio de esta dura temática donde surge la luz blanca y el color. «Llegué de Europa impregnado de grises y me encontré, aquí, con un mundo lleno de colores. Eso no lo podía negar» afirma. Así pues, luz, color, mujeres, América y su historia, se funden nuevamente en la obra de Pacheco de Suratá para mostrarnos «una armonía con carácter metafísico y cosmogónico».

Especial para Bucaramanga.com
ELIZABETH REYES LE PALISCOT

MULTICULTURALISMO: DEL ESTADO COLONIAL AL ESTADO MODERNO

FERNANDO MAYORGA GARCÍA

MULTICULTURALISMO: DEL ESTADO COLONIAL AL ESTADO MODERNO

FERNANDO MAYORGA GARCÍA

1. MULTICULTURALISMO: DEL ESTADO COLONIAL AL ESTADO MODERNO

AUTOR: FERNANDO MAYORGA QUIROGA

DIRECCIÓN: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

FECHA DE RECEPCIÓN: 15/06/2004

DESCRIPTORES: Multiculturalismo, indígenas, colonia, modernidad, América

RESUMEN: Artículo de revisión en el cual el autor expone sus ideas sobre los problemas que impiden el desarrollo de formas culturales diferentes a la dominante excluyendo dos de las tres culturas matrices la indígena y la afro colombiana.

KEY WORDS: Multiculturalismo, indígenas, colony, modernity, America

ABSTRACT: Article of revision in which the author exposes his ideas on the problems that prevent the development of cultural forms different from the dominant one excluding from the three first two cultures the native and afro Colombian

1. Planteamiento del problema

No es novedad el hecho de que a lo largo de casi tres centurias España se preocupó por conformar un sistema de protección a los pueblos originarios que convalidara en la práctica la norma legal que, desde 1500, consideraba al indio vasallo libre de la Corona. El proceso fue largo y no siempre exitoso. De todas formas, so pena de falsear la realidad, no puede negarse la voluntad de las autoridades peninsulares y locales por estructurar un orden jurídico que, adaptando hasta donde fuera posible los mecanismos concretos conocidos hasta entonces, pudiera aplicarse a la defensa de los naturales, equiparados desde 1512 a los "rústicos" o "menores" del Derecho común y sujetos pasivos, por tanto, de una tutela protectora.

Durante la segunda mitad del Setecientos, con la llegada del iluminismo y con él de las doctrinas utilitaristas, el esquema jurídico vigente en

los siglos anteriores comenzó a exhibir las primeras fisuras, que se harán evidentes en los años siguientes a la independencia tras la adopción del nuevo paradigma liberal burgués, caracterizado por una clara voluntad unificadora. Dentro de este esquema, el casuismo propio del Derecho Indiano fue reemplazado por el principio de la igualdad ante la ley, muchas veces más aparente que real y de los mecanismos concretos de protección a los individuos, se pasó al reconocimiento de formas abstractas presentes en la Constitución y en los códigos.

Tras el proceso de unificación cultural decimonónico, habrá que esperar hasta la década de 1920 para observar el resurgimiento de varios movimientos sociales que apuntaron a la dignificación de los pueblos originarios. A partir de los años 40, el ascenso del movimiento indigenista en Latinoamérica en general desembocó en el desarrollo de una política orientada a garantizar los derechos de las minorías -primero indígenas, luego indígenas y afrocolombianas- y culminó con la sanción de la Constitución política de 1991, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Este reconocimiento implica aceptar, como mínimo, las premisas siguientes: que la actual cultura de Colombia es el resultado de la interacción de tres vertientes poco homogéneas en sí mismas -la de los pueblos originarios, la del español y la africana-; que las expresiones culturales de los "otros" -igualmente dignas y respetables- se apoyan en sistemas de comprensión del mundo diferentes a los de la cultura occidental; y que, dentro del proceso de conformación de la identidad cultural colombiana, referirse únicamente al aporte blanco, como suele hacerse, significa negar un profundo proceso transcultural -originado en el contacto tripartito y forjador de una síntesis mestiza- que, iniciado en el período hispánico, continúa generando hoy cambios y adaptaciones, más o menos significativos, en las tres vertientes culturales.

Teniendo en cuenta este marco general, pasaremos revista a los dos primeros períodos enunciados para llegar al presente donde, todavía, dos de nuestras tres culturas matrices (la indígena y la afrocolombiana) pugnan por alcanzar su reconocimiento en un país que continúa sin generar los espacios suficientes como para dar cabida al desarrollo pleno de formas culturales diferentes de la dominante.

2. Los antecedentes peninsulares: del Fuero Juzgo a las Siete Partidas

Para comprender el sistema jurídico de protección implantado en América, es necesario recordar brevemente que, a lo largo de diez siglos de historia fue tomando cuerpo en España un conjunto de medidas protectoras, cuyos antecedentes se remontan al reino hispanovisigodo (siglos V-VIII) con la traducción al castellano del *Liber iudiciorum* bajo el nombre de *Fuero Juzgo*¹ y continúan en los siglos posteriores con el nacimiento de formas concretas de protección inmediata y directa a la persona, como las garantías procesales contenidas en la Carta Magna Leonesa de 1188². Más tarde el fenómeno de la reconquista dio lugar al surgimiento de los llamados fueros locales³, que protegían a los individuos en su libertad personal, en su propiedad privada y comunal (raíz y mueble), contra la violencia, el asalto, el homicidio y las lesiones. A partir de entonces, comenzó a perfilarse claramente la idea de que el ordenamiento jurídico debía contemplar diferencias tanto en función del territorio como del grupo social de pertenencia, en tanto ambos elementos constituían el ámbito concreto en el cual la persona se desarrollaba como tal.

La recepción del Derecho común -que incorpora elementos de raíz romana y canónica- inauguró una nueva etapa. De los fueros locales influidos por el *Ius commune* el ejemplo más conocido es el de las *Siete Partidas*, principal cuerpo legal aplicado en España desde el siglo XIV y en Iberoamérica desde el descubrimiento hasta el proceso codificador iniciado en ambos lados del Atlántico a principios del siglo XIX. Con una visión unitaria de fundamento teológico, las *Partidas* exaltan la dignidad del hombre creado por Dios a su imagen y semejanza por sobre el resto del universo visible. La expresión más acabada de esta dignidad del hombre es la honra (equivalente hoy a la dignidad humana), concepto que se vislumbra tanto en las relaciones privadas como en las que vinculan al Rey con su pueblo y viceversa, y a ambos con Dios⁴.

Durante los siglos XIV y XV, mientras se desarrollaban nuevas formas de protección⁵, fueron abriéndose paso los recursos de los gobernados: la apelación contra los actos de gobierno considerados arbitrarios o lesivos y la suplicación contra las sentencias de apelación⁶. A fines de la Baja Edad Media el sistema se centró en la Audiencia, institución a la cual el Monarca confió la protección de sus

vasallos por diversos medios procesales, aunque sin perder la posibilidad de determinar en última instancia las causas que le fueran sometidas como supremo encargado de la jurisdicción.

Teniendo en cuenta el panorama esbozado, podemos afirmar que, en el momento del descubrimiento numerosos mecanismos de protección en plena vigencia o pasaron a las Indias o fueron tenidos en cuenta para la elaboración del sistema jurídico que habría de implementarse para el Nuevo Mundo.

3. Las soluciones de la Escuela de Salamanca

La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla implicó consecuencias importantes en el campo del Derecho. Según la doctrina de la época, al ser adquiridos por un príncipe cristiano en virtud de una donación pontificia bajo la obligación de evangelizar, los territorios de infieles (en este caso las Indias) quedaban incorporados a los viejos reinos (en este caso Castilla) por vía de accesión, lo que implicaba que pasaban a gobernarse por las mismas leyes y a gozar de los mismos privilegios que el reino al cual "accesoriamente" se unían. Conforme con este principio jurídico, se entendió

que las dichas leyes del reino de Castilla que antes estaban hechas, se extendían y extienden a las tierras de infieles que después de hechas las leyes se adquieren e ganan de nuevo, como a estas tierras de las Indias, y por ellas se han de regir y reglar.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico castellano se extendió a América: todas las disposiciones que, tras el descubrimiento, dictaron los Reyes Católicos para ordenar la vida novomundana se basaron en los principios e instituciones del Derecho de Castilla: por él se rigieron los españoles que se establecieron en el Nuevo Mundo y se estructuraron sus órganos de gobierno⁷.

Sin embargo, a medida que avanzaba la conquista, la realidad indiana se fue mostrando cada vez más compleja y se encargó de plantear problemas que no cabían dentro de las soluciones ofrecidas por las normas legales imperantes. Esto abrió dos caminos: bien acuñar nuevas fórmulas, bien modificar las ya

existentes a fin de adaptarlas a las nuevas necesidades. Tras escoger la segunda vía, los monarcas españoles se preocuparon por recoger la mayor cantidad de noticias de interés sobre el carácter de los territorios recién descubiertos a fin de estructurar, sobre esa base, un régimen jurídico apropiado. A partir de entonces, diversas corrientes de intereses contrapuestos representadas por conquistadores, misioneros, teólogos y encomenderos, proporcionaron a la Corte su propia versión a través de memoriales que solían resultar sumamente contradictorios. La cuantiosa información enviada a la Península generó, a su vez, un enorme volumen de normas y disposiciones que, lejos de mantener una orientación unívoca, se caracterizó por una suerte de movimiento pendular inclinado a veces por una solución y, en otras, por la contraria.

Pocos años fueron suficientes para poner en evidencia que las normas legales existentes mostraban serias fisuras en su aspiración por regular la vida de la sociedad indiana y que era necesario revisar el sistema en busca de soluciones diferentes. Era obvio que la Corona tenía claro que, como derivación directa de las Bulas alejandrinas de 1493, pesaba sobre sus hombros la obligación de evangelizar a los infieles. La tarea, empero, no era de fácil implementación: dado que el cristianismo se consideraba una religión lo suficientemente elevada como para exigir cierto grado de refinamiento intelectual, moral y hasta exterior, su adopción suponía necesariamente que los indígenas abandonaran las costumbres reñidas con la razón natural (sacrificios humanos, antropofagia ritual, borracheras, poligamia) y se acomodaran a la vida en "policía" -como se llamó en el lenguaje de la época- entendida como una forma de vivir no indigna del hombre. Así principió el desarrollo de un Derecho especial para los territorios de ultramar, el Derecho indiano⁸, constituido por un conjunto de disposiciones que regularon la vida del Nuevo Mundo inspirándose ya en las normas del antiguo Derecho común romano-canónico, ya en las del castellano, y perfilándose desde sus orígenes como una construcción que enlazó la tradición jurídica medieval con el espíritu renacentista tan propio de la empresa de descubrimiento y colonización⁹.

La cuestión de aristas más espinosas se vinculaba con las instituciones que enmarcaban la relación hispano-indígena: básicamente, el repartimiento y la encomienda. El primero, como modalidad inicial implantada por Colón hacia 1497, constituyó una suerte de distribución de mano de obra entre los españoles: los

naturales repartidos durante los primeros años de la etapa de conquista quedaron sujetos a un régimen de trabajo personal y obligatorio sin limitación de edad, sexo o calidad, a cambio del cual no recibían remuneración alguna. Además, debían trasladarse al lugar que el beneficiario les señalaba sin que las leyes fijaran una jornada máxima o un período de prestación limitado.

Durante la gobernación de Nicolás de Ovando, el 20 de diciembre de 1503, Isabel la Católica expidió desde Medina del Campo una Real Cédula que dio origen al nacimiento legal de la encomienda. Si bien se aceptó el trabajo forzoso de los naturales, se ordenó que, por su carácter de vasallos libres, se les habría de pagar un salario tasado por el gobernador.

Cada cacique -dice la Cédula- acuda con el número de indios que vos [el gobernador] le señaláredes a la persona o personas que vos nombráredes, para que trabajen en lo que las tales personas les mandaren, pagándoles el jornal que por vos fuere tasado, lo cual cumplan como personas libres, como lo son, e no como siervos.

Esta denominada "etapa antillana" de la encomienda representó la fase más cruel de la institución. En la letra era una institución jurídicamente más desarrollada que el repartimiento en tanto entrañaba obligaciones recíprocas: el beneficiario se comprometía a velar por la conversión de los naturales, a cuidar de los enfermos, a proporcionar al grupo en general un trato benévolo y paternal y a mantener a su costa armas y caballos con el fin de defender las poblaciones en caso de ataque de tribus salvajes. Sin que ello significara un derecho de posesión sobre los indios, tenía derecho, a cambio, a percibir el tributo que sus encomendados debían al Monarca en señal de vasallaje y exigirles servicios personales. En la práctica, la institución solía convertirse en una fuente de abusos defendida por algunos en función de la carencia de brazos y de la invocación de la ineptitud del indio para el trabajo regular, y criticada por otros que la consideraban una forma de servidumbre enmascarada. Dentro de este esquema, la compaginación entre la promoción humana y la sujeción a la encomienda constituía un problema de difícil resolución en tanto los fuertes intereses personales en juego solían ser óbice para lograr una conjunción adecuada entre la necesidad de mano de obra y el tratamiento del indio como vasallo libre.

Un domingo de adviento de 1511 se produjo un hecho que conmovió

profundamente la conciencia de los gobernantes peninsulares. En la capilla de los dominicos de La Española, fray Antonio de Montesinos criticó duramente no sólo el trato que los españoles daban a los naturales, sino también a la propia encomienda como institución autorizada por la Corona por considerar que atentaba contra la condición humana del indio en general y contra su derecho a la libertad en particular. Esto provocó entre los españoles un enorme revuelo acrecentado el domingo siguiente cuando, en otro sermón, los frailes insistieron en sus denuncias. En 1512, al tiempo que las acusaciones de los frailes llegaban a la Corte, la Corona había decidido equiparar a los indígenas con los "rústicos" o "menores" del Derecho común a fin de dotarlos, progresivamente, de una tutela protectora contra los abusos de la población no india. A estas alturas, sin embargo, las evidencias de malos tratos eran de tal envergadura que nada pudo evitar que se abriera un prolongado debate orientado a buscar una solución que equilibrara los intereses particulares de los blancos y de la propia Corona con la necesidad de sentar las bases de un sistema jurídico justo que regulara las relaciones con los pueblos originarios. Consecuentemente, la validez de los "justos títulos", la libertad de los naturales, la encomienda, la legitimidad de la presencia castellana en Indias, y, en general, todos los aspectos básicos de la organización jurídica americana, fueron puestos en tela de juicio.

Las acusaciones de los dominicos movieron a Fernando el Católico a convocar una Junta de teólogos y juristas para tratar la cuestión. El resultado fue un conjunto de treinta y cinco leyes promulgadas en Burgos en 1512 a las que, unos meses después, se agregaron cuatro más dictadas por la Reina en Valladolid en 1513. En líneas generales, si bien impusieron una serie de limitaciones orientadas a disminuir los abusos (limitación de la jornada laboral, diferenciación del trabajo para la mujer, vigilancia sobre los alimentos, el trato y los salarios debidos a los naturales) no introdujeron cambios sustanciales en el sistema anterior en tanto mantuvieron el trabajo compulsivo de los naturales como base del asentamiento español en Indias.

Con energía, la corriente indigenista, encabezada por fray Bartolomé de Las Casas, las tildó de ineficaces, vanas y superfluas¹⁰. A partir de entonces, se abrieron paso dos posturas divergentes: frente a la actitud "oficialista" -con fundamento doctrinal en los escritos de Juan Ginés de Sepúlveda- que ocultaba

determinados hechos o se limitaba a realzar la superioridad cultural y política de los cristianos para justificar la presencia española y su permanencia indefinida entre los pueblos originarios a los cuales tildaba de subdesarrollados, inferiores o nacidos para obedecer y para servir; se contrapondrá la posición "contestataria" -identificada con las ideas de Las Casas- que terminará por idealizar a los recién descubiertos mostrándolos a los ojos de los europeos como seres inocentes en un mundo paradisíaco y, con el tiempo, llegará a defender la plena soberanía de las comunidades indígenas en el fuero político-temporal y, por ende, la obligatoriedad de obtener su libre consentimiento como paso previo a su eventual incorporación a la Corona¹¹.

A partir de la tercera década del siglo XVI, otro dominico, Francisco de Vitoria, abrirá paso a la influencia moderadora, crítica y científica de la Escuela de Salamanca¹². A lo largo de tres generaciones -continuadas por Domingo de Soto, Melchor Cano, Diego de Covarrubias y Domingo Bañez, entre otros- la Escuela española de la segunda escolástica intervendrá en las cuestiones vinculadas con la "duda indiana" y dará forma a lo que los estudiosos denominan el "proyecto de reconversión colonial". El mérito más claro de Vitoria fue el de considerar que el Derecho común era insuficiente para dar solución a los nuevos problemas y buscar en el Derecho natural o de gentes (iusnaturalismo) un puente de unión entre el mundo americano y el europeo. A él acude en sus Relecciones *De indis* y *De iure belli*, pues siendo el Derecho natural por esencia un ordenamiento jurídico de origen divino superior al de los hombres, conocido por todos y que obliga a todos cualquiera sea su raza, cultura o religión, es el único válido para resolver los conflictos entre pueblos que se rigen por derechos diferentes. Sobre esta base, al tiempo que reemplazó tanto al idealismo de Las Casas como al oficialismo de Juan Ginés de Sepúlveda, la escuela inaugurada por Vitoria permitió formular nuevos principios para legitimar el dominio castellano en las Indias.

El dominico dio por cierto que los reyes habían ocupado el territorio americano de buena fe con consulta a eminentes teólogos y juristas: la donación alejandrina y el compromiso evangelizador de la Corona eran hechos históricos de los que había que partir. De todas formas, aun en el caso en que los pueblos originarios se negaran a admitir el cristianismo, no eran suficientes como para dar lugar a la presencia indefinida de España en América y, mucho menos, para justificar

conductas que supusieran ignorar los derechos de los naturales. La novedad de los principios propuestos por el maestro de Salamanca y completada por sus discípulos residió en tomar distancia de los planteamientos teocráticos medievales e insertarse en el Derecho natural y de gentes, donde buscó nuevas justificaciones de permanencia que, de reflejo, sentaron las bases para la defensa de los derechos esenciales de los pueblos autóctonos.

¿Cuáles eran las bases doctrinarias del proyecto salmantino? ¿qué resultados concretos logró el "proceso de reconversión colonial" o, lo que es lo mismo, el intento de "humanización" del proceso de conquista inicial? Los principios generales podrían enunciarse de la siguiente forma:

- a) Indios y españoles son fundamentalmente iguales en cuanto hombres y, como tales, integrantes de la sociedad natural universal con derecho a trasladarse libremente y a comunicarse con los demás.
- b) Por derecho natural, todos los hombres tienen derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.
- c) Ningún hombre puede ser condenado sin haber sido oído por la autoridad pública y competente de acuerdo con la ley.
- d) Como hombres, tienen derecho a la verdad, al honor y a la dignidad personal, a la educación y a todo lo que se oriente a su promoción cultural y espiritual.
- e) Como hombres, los indios son capaces de salvarse o de condenarse.
- f) Por derecho natural, todos los hombres son libres y en uso de su libertad, los indios pueden organizarse en comunidades y elegir a sus propios gobernantes.
- g) Al igual que los cristianos, los indios son los verdaderos dueños de sus bienes y no pueden ser desposeídos de ellos ni en razón de su infidelidad, ni en razón de su incultura. Por tanto, sus tierras no pueden serles expropiadas ni ocupadas si no es sobre la base del derecho común a cristianos e infieles.
- h) El retraso de los pueblos originarios se debe, en gran parte, a la falta de educación que degenera sus costumbres.

- i) La intervención y la ocupación de España se justifica solo temporalmente para que, como depositaria del mandato misional, ejerza una suerte de tutela en tanto el indio consienta en convertirse a la fe; para velar por su promoción cultural y humana a fin de sacarlo de la situación de subdesarrollo y para capacitarlo políticamente. Esto sin olvidar que el consentimiento mutuo y la elección libre de los indios constituye, en última instancia, el título prioritario de intervención y de gobierno.

Si bien la Escuela de Salamanca no logró en la práctica resultados tan brillantes como en su reflexión teórica, sus bases doctrinales influyeron en el desarrollo de la política de protección a los pueblos originarios y se tradujeron en instrumentos jurídicos concretos que intentaron garantizarla.

Ejemplo de ello, la promulgación de las "Nuevas Leyes y Ordenanzas para la gobernación de las Indias y buen tratamiento y conservación de los indios" de 1542-1543, resultado de una nueva Junta de teólogos y juristas. Triunfo efímero de la línea indianista, las Leyes tratan el tema de las encomiendas con una tendencia crítica y restrictiva que llegó a su punto culminante en el capítulo XXX por el cual se prohibió se transmitieran por herencia y se las declaró extinguidas a la muerte de sus actuales titulares. La reacción de los encomenderos fue tan airada que en 1545 Carlos V derogó dicho capítulo con lo cual quedó consolidado el régimen de la encomienda hereditaria por dos vidas. De todas formas, las Leyes Nuevas insistieron en la obligación de tasar a los naturales a fin de cortar definitivamente con la pretensión de los encomenderos de exigir de los naturales servicios personales y en la obligación de los españoles de concertar el trabajo con los naturales y de remunerarlo justamente.

Al menos en teoría, las encomiendas habrían de responder, desde entonces, a las características que, más tarde, esbozará Solórzano Pereyra:

un derecho concedido por merced real a los beneméritos de las Indias para percibir y cobrar para sí los tributos de los indios que se les encomendaren por su vida y la de un heredero, conforme a la ley de Sucesión, con cargo de cuidar del bien de los indios en lo espiritual y temporal y de habitar y defender las provincias donde fueren encomendados.

Esta definición sintetiza la forma legal de la encomienda desde mediados del siglo XVI. Concebida como un vínculo jurídico impuesto a los indígenas por voluntad del Soberano y concedido al español en premio por sus servicios, entrañaba obligaciones recíprocas. El encomendero venía a sustituir a la Corona en sus obligaciones morales, religiosas y militares. Estaba obligado a brindar, a través de doctrineros aptos, educación religiosa a sus encomendados en procura de su conversión y a dotar a las iglesias de los pueblos de lo necesario para la atención espiritual de los neófitos. Le correspondía, además, atender a los indígenas enfermos, proporcionarles remedios, alimentar a quienes cumplían con algún trabajo a su favor y, en general, darles un tratamiento benévolo y paternal. Por último, debían tener armas y caballos para acudir a su costa en defensa de las poblaciones en caso de ataques de tribus salvajes para lo cual se imponía la residencia de los encomenderos en las ciudades a cuya jurisdicción correspondía la de los indios sometidos. A cambio, adquiriría el derecho a percibir el tributo debido al Monarca, suerte de impuesto personal que, en teoría, compensaba los gastos hechos por la Corona o el encomendero a favor de los indios.

Con lo dicho, no se quiere concluir que, a partir de entonces, los abusos hayan desaparecido: muchos de los beneficiarios de las encomiendas no cumplieron cabalmente con las obligaciones que les competían ya porque descuidaban la instrucción religiosa, ya porque continuaban abusando de la mano de obra indígena sin los límites impuestos por la ley. Esto obligó a que, a lo largo del período hispánico, se reiterasen una y otra vez normas que, con mayor o menor éxito según las zonas, se orientaron a evitar tanto la explotación como el maltrato de los pueblos originarios.

Otro resultado de mayores proyecciones vinculado con los juristas salmantinos fue la Real Cédula de 30 de noviembre de 1556 -con antecedente inmediato en 1550- por la cual el emperador Carlos V suspendió las guerras de conquista. Esta política de penetración pacífica se consagró definitivamente en las conocidas "Ordenanzas de nuevos descubrimientos, nueva población y pacificación de las Indias", dadas por Felipe II en 1573, que inauguraron un nuevo sistema de expansión territorial y evangélica basado en la fundación de poblaciones fronterizas.

Buena síntesis de su espíritu, resulta, por ejemplo, la prohibición del uso de la palabra "conquista", cambiada en las capitulaciones futuras por los términos "pacificación y población" a fin de no dar lugar a "fuerza ni agravio a los indios"; la orden de que, tras informarse respecto de las lenguas e idolatrías de los naturales y sobre los señores a quienes obedecen, los atraigan "a su amistad" por "vía de comercio" y "asienten amistad y alianza con los señores y principales"; y el mandato de que "asentada la paz con los naturales y sus repúblicas" procuren se junten a fin de que los predicadores inicien su tarea: absteniéndose, para evitar se escandalicen, de reprenderles sus vicios e idolatrías o de quitarles sus mujeres e ídolos, deberán instruirlos con "prudencia y discreción" y, logrado este propósito, persuadirlos a que "de su propia voluntad dejen lo que es contrario a nuestra Santa Fe católica". Este cuerpo dio estructura legal a la penetración misionera a las áreas marginales de misión que, en el caso del actual territorio colombiano, fue particularmente extensa.

4. Derecho indiano y Derecho Indígena

En un trabajo titulado "El elemento indígena en la formación del Derecho indiano", Miguel Ángel González de San Segundo esboza la larga discusión planteada en torno de la cuestión de si el Derecho indígena fue o no aceptado por el ordenamiento jurídico indiano. San Segundo señala que el desconocimiento del Derecho indígena -en general no escrito- y su destrucción al intentar imponer un nuevo orden, como se hizo en una fase inicial, equivalió a sumir a los pueblos originarios en un profundo desconcierto, pues, a la vez que se arruinaron los sistemas jurídicos que les eran propios, se intentó imponerles un Derecho, el castellano, que resultó incapaz de adaptarse a sus peculiares condiciones de vida. Ello hizo que los naturales quedaran sin ningún conjunto normativo que ordenara su vida. Así pues, el camino que los españoles descubrieron -a veces demasiado tarde- fue el de adoptar parte del orden prehispánico o autóctono mantenido por los indígenas durante siglos de vida en común; y el criterio para seleccionar aquello que debía ser respetado y aquello que era susceptible de cambios fue el de mantener los ordenamientos tradicionales en la parte no reñida con la religión o con la moral cristiana.

El proceso de reconocimiento fue largo y tropezó con no pocos obstáculos. Los primeros defensores del Derecho y de las costumbres indígenas fueron representantes del clero regular. Las Casas, por ejemplo -seguido más tarde por Vitoria- sostuvo que el Monarca debía promover en las Indias el bien espiritual y temporal de los pueblos originarios,

fundando y asentando justas leyes y fueros y buenas costumbres donde faltasen, y aprobando y declarando y confirmando las que justas y razonables tuviesen y vituperando y prohibiendo las irracionales y malas, y todo lo demás que concierne la justa y legítima gobernación.

Por Derecho natural, el Rey estaba obligado a:

- 1) a respetar el estatuto jurídico de los indígenas en lo que no atentara ni resultara contrario a la finalidad primordial que inspiraba la penetración castellana en las Indias, de carácter esencialmente misional;
- 2) a suprimir las leyes y costumbres indígenas injustas y contrarias a la religión cristiana paulatina y prudentemente, a fin de evitar los graves trastornos que pudieran seguirse de una transformación precipitada;
- 3) a suplir los defectos del orden jurídico antiguo, para lo cual había de dictar preceptos nuevos, acordes con la manera de ser y la condición peculiares de tales súbditos, nuevos también.

En sus *Treinta proposiciones muy jurídicas* se inclina hacia el mismo sentido:

Los Reyes de Castilla son obligados de Derecho divino -dice- a poner tal gobernación y regimiento en aquellas gentes naturales de las Indias, conservadas sus justas leyes y buenas costumbres, que tenían algunas, y quitadas las malas, que no eran muchas, y suplidos los defectos que tuvieren en su policía.

En la misma línea de los teólogos se sitúan algunos juristas residentes en las Indias, quienes también intentan evitar los perjuicios que el desconocimiento de los ordenamientos jurídicos autóctonos estaba produciendo en la vida americana. Por ello, recomiendan insistentemente desplegar toda la prudencia posible en la

estructuración de la convivencia con los nuevos súbditos y proponen no alterar bruscamente el ordenamiento jurídico antiguo de los naturales sin antes conocer en profundidad sus usos y costumbres prehispánicos con el objeto de evitar errores de consecuencias irreparables. Solo tras un conocimiento lo más exacto posible, se estaría en condiciones de proceder a la tarea de selección: respetar lo que de bueno y aceptable tuvieran las normas e instituciones jurídicas autóctonas y suprimir de ellas lo que resultara inaprovechable por contrario a la religión cristiana, a la moral o a la razón. En este sentido escribe Juan de Matienzo:

El que gobernare aquella tierra no entre presto a mudar las costumbres y hacer nuevas leyes y ordenanzas, hasta conocer muy bien las condiciones y costumbres de los naturales.

Otro gran jurista hispano-peruano, Polo de Ondegardo, comparte el mismo punto de vista: según él, el único medio para no equivocarse en el gobierno de los indígenas es conocer a fondo su manera anterior de regirse, para respetar de ella lo que pareciere de provecho y utilidad y suprimir o modificar lo que corresponda. Ondegardo recuerda que, cuando tras su dilatada gestión en la Nueva España, el virrey Antonio de Mendoza se hizo cargo del Virreinato del Perú, recomendaba prudencia y respeto al estatuto jurídico de los indígenas peruanos y afirmaba que

primero que mudase ni ordenase cosa ninguna en este Reino había de hacer tres cosas: la primera ver la tierra, la segunda conocer la capacidad de los indios; la tercera saber sus costumbres y fueros.

Hacia mediados del siglo XVI, la Corona comienza a moverse en la línea trazada por teólogos y juristas. El 6 de agosto de 1555, una Real Cédula aprueba y confirma sus buenas leyes y costumbres a las comunidades indígenas de la Verapaz. Más tarde, llegado el momento de fijar un criterio definitivo y de alcance general, dos leyes de la *Recopilación* de Indias de 1680 se refieren específicamente al tema. Una de ellas, recogida en el lib. 2, tit.1, ley 4, establece que

las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra sagrada religión ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten, y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con

tanto, que Nos podamos añadir lo que fuéremos servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro Señor, y al nuestro, y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas Provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho, ni a las buenas y justas costumbres y Estatutos suyos.

Otra ley, la 22 (lib.5, tit.2) completa a la anterior al ordenar que

Los Gobernadores, y Justicias reconozcan con particular atención la orden, y forma de vivir de los indios, policía, y disposición en los mantenimientos, y avisen a los Virreyes, o Audiencias, y guarden sus buenos usos, y costumbres en lo que no fueren contra nuestra sagrada religión, como está ordenado por la ley 4, tit.1, lib.2.

Estas dos disposiciones fijan, con carácter general y de modo definitivo, el criterio oficial sobre la cuestión de la persistencia de los derechos de los pueblos autóctonos. Ambas normas ordenan observar las leyes y costumbres indígenas; la segunda agrega, además, la obligación de averiguar "la orden y forma de vivir de los indios", y dar razón de ello a las autoridades superiores, en tanto "conocer" es previo y necesario a guardar y a hacer que se guarden determinadas leyes y costumbres. A mayor abundamiento, la primera de las disposiciones señala cuáles son las manifestaciones de los derechos autóctonos: por una parte el ordenamiento jurídico antiguo (es decir, "las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía") y, por otra, el Derecho consuetudinario que sigue vigente después de la llegada de los españoles y aun el que se crea y conserva con posterioridad a ese acontecimiento (esto es, "los usos y costumbres observadas y guardadas después de que son cristianos").

Dos limitaciones afectan por igual a ambos grupos de normas. En primer lugar, la derivada del respeto y del acatamiento debidos a los principios del orden cristiano ("que no se encuentren con nuestra sagrada religión") y a la supremacía de la ley (la ley castellana mientras rigió en Indias y la producción normativa dictada expresamente para las Indias y representada en ese momento por la *Recopilación* de 1680: "ni con las leyes de este Libro").

La segunda limitación emana de la afirmación "con tanto, que Nos podamos añadir lo que fuéremos servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios

nuestro Señor, y al nuestro, y a la conservación y policía cristiana de estas Provincias". De esto surge que el legislador tuvo el cuidado de dejar a salvo su facultad de añadir, sobre cada uno de los elementos integrantes de los ordenamientos jurídicos que dispone se respeten, todo aquello que estime procedente. No obstante, se compromete a no deteriorar la situación anterior ni actuar en detrimento del estado en que se encuentra: a ello parece orientarse la expresión "no perjudicando a lo que tienen hecho, ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos".

Por este camino lograron subsistir, por ejemplo, el cacicazgo, el ayllu, la mita y el tributo aunque, sin duda, a pesar de investigaciones recientes, quedan muchos aspectos por dilucidar.

Los *caciques* eran los jefes de las tribus. Su autoridad -naturalmente menoscabada por la superior de los gobernantes españoles o de los misioneros- subsistió en la medida en que resultaba conveniente para mantener la organización jerárquica de las tribus. Se les reconoció una potestad moderada e, incluso, jurisdicción para actuar en causas leves; se ordenó dar a ellos y a sus hijos una mejor educación; se los eximió del tributo y de los servicios personales; y fueron nombrados corregidores y alcaldes de los pueblos de indios que se conformaron. En la sucesión del cacicazgo debía guardarse la costumbre antigua¹³.

El *ayllu* era en el incanato la forma de organización del régimen agrario y de la propiedad colectiva de la tierra, estructurados sobre la base del parentesco y de la religión. Los españoles debían dejar a los indígenas suficientes tierras para que vivieran en ellas y las cultivaran en su propio beneficio. Tales terrenos se consideraban de propiedad común y no podían ser enajenados¹⁴. El régimen de propiedad colectiva de la tierra se mantuvo en Colombia aun después de la entrada en vigencia el Código Civil, y en varios casos, la Corte Suprema de Justicia, en pleno siglo XX, sentó precedentes respecto de que el dominio pleno que las comunidades indígenas habían tenido sobre sus terrenos de comunidad, distaba de ser un mero usufructo.

La *mita* fue un sistema originario del derecho incaico. Consistía en la obligación de concurrir al trabajo por turnos o por tandas, mientras otra parte de los

naturales permanecía en sus pueblos. Por haber sido reglamentada en las ordenanzas relativas a la condición de los aborígenes, se convirtió en parte del Derecho indiano. Paralelamente persistió la calidad de indio *yanacóna*, antes dedicado al cultivo de las tierras de caciques y principales, y tras la conquista, hasta la prohibición de la práctica, adscrito al servicio personal de algunos españoles.

También se registraron pervivencias en la organización del sistema de tributación: aunque el cobro nunca quedó, en forma exclusiva, en manos de los naturales, caciques y principales intervinieron junto con alcaldes y regidores en la elaboración anual de los padrones de tributarios y en la recaudación. La ordenación prehispánica se tuvo en cuenta, además, respecto tanto de quiénes habían de pagar, como de quiénes estaban excluidos (caciques, principales, miembros de sus familias).

5. El quiebre del sistema de protección

Las ideas fisiocráticas y utilitaristas en boga con el iluminismo dieciochesco inspiraron nuevas concepciones cuyo fundamento no fue ya la protección de la población aborígen, sino más bien su incorporación definitiva al sistema económico productivo. Si nos centramos en la Nueva Granada, veremos, por ejemplo, que influyentes pensadores de la elite ilustrada clamaron por la asimilación étnica de los naturales en virtud de la inferioridad de su raza. La "españolización" -o lo que es lo mismo, la integración racial-, debería llevar, necesariamente, a la desaparición de la desigualdad legal y, con ella, de las diferencias que, hasta el momento, habían sido propias de la calidad de indígena: separación étnica, tributación y acceso a la tierra en régimen de comunidad. Obviamente, el fin primordial de todas las transformaciones en marcha era hacerse con las tierras de propiedad comunal (aunque ello implicara la abolición del tributo) y abrir el camino desde el modelo medieval de dominio, a menudo vinculante e inmovilizado a perpetuidad, al concepto de propiedad individual, plena, unitaria y perfecta propio de la ilustración y, fundamentalmente, del liberalismo.

En el informe redactado tras su visita¹⁵ (1778), el criollo Francisco Antonio Moreno

y Escandón había calificado de "mestiza" a la sociedad neogranadina y de "raros" a los indios puros, sin que la situación en sí misma le preocupara. Al contrario,

nada perdería Su Majestad -escribía-, antes bien adelantaría mucho el gobierno si los indios se españolizasen y, con su casta, se borrara la memoria de su tributo¹⁶.

En esta misma línea se ubicó, hacia 1790, la posición de Pedro Fermín de Vargas quien consideraba al proceso de mestizaje como una acertada estrategia de desarrollo para cuya consecución proponía tanto la abolición del tributo como el reparto de tierras en régimen de propiedad individual.

Para aumento de nuestra agricultura, -sostenía- sería igualmente necesario españolizar nuestros indios. La indolencia general de ellos, su estupidez y la insensibilidad que manifiestan hacia todo aquello que mueve y alienta a los demás hombres, hace pensar que vienen de una raza degenerada que se empeora en razón de la distancia de su origen. Sabemos por experiencias repetidas que, entre los animales, las razas se mejoran cruzándolas, y aún podemos decir que esta observación se ha hecho igualmente entre las gentes de que hablamos, pues en las castas medias que salen de la mezcla de indios y blancos son pasaderas. En consecuencia [...] sería muy de desear que se extinguiesen los indios confundiéndolos con los blancos, declarándolos libres del tributo y demás cargas propias suyas y dándoles tierras en propiedad. La codicia de sus heredades haría que muchos blancos y mestizos se casasen con las indias y al contrario, con lo que dentro de poquísimo tiempo no habría terreno que no estuviese cultivado, en lugar que ahora la mayor parte de los que pertenecen a indios se hallan eriales¹⁷.

Pocos años después, Antonio Nariño en su *Ensayo sobre un nuevo plan de administración en el Nuevo Reino de Granada* señalaba que era preciso se rebajara

el producto actual de los tributos o el número de indios que lo paga[ban] si se quer[ía] excluirlos de la capitación, supuesto que el tributo exced[ía] comparativamente. Pero sería de desear que esta raza miserable de hombres saliera del estado en que se halla en el día. A pesar de los privilegios y especial protección que les acuerdan nuestras leyes, los que los estamos viendo, palpamos su miseria. Yo creo que, reduciendo los indios a la clase de los demás vasallos, el Estado ganaría y haría una acción muy conforme a las piadosas máximas de nuestro Gobierno y a sus intereses¹⁸.

El sistema protector se quebró definitivamente en el momento en que las nacientes repúblicas, siguiendo las ideas que se dejan esbozadas, equipararon a los naturales

con el resto de los ciudadanos libres: despojados de la tutela a la cual habían estado acostumbrados, los indígenas se perdieron en una "ficción de igualdad" más teórica que real que, por una parte, los puso frente a derechos y obligaciones desconocidos, y por otra, ignorando las diferencias culturales que hasta entonces los habían hecho sujetos de un tratamiento jurídico particular, los obligó a negociar de igual a igual con el blanco.

A partir de la independencia, el proceso de construcción de la nación se realizó desde un ideario republicano, liberal y nacionalista que se canalizó a través de instituciones educativas, discursos políticos, tratados de jurisprudencia, leyes, teatro, novelas, diarios, revistas y hasta modas. Esta cultura republicana de cuño liberal que tuvo como eje a la elite ilustrada, desatendió los particularismos étnicos a los que visualizó como una amenaza frente al sueño de la construcción de una identidad homogénea. Los pensadores inmersos en la corriente iluminista creyeron en la existencia de un orden jurídico natural compuesto por leyes inmutables y universales que la razón podía descubrir y enunciar: esa era su tarea. Clara antítesis del pensamiento casuista de los siglos anteriores, los ilustrados entendieron que, descubiertos esos principios jurídicos generales y elaborando con ellos un sistema de proposiciones normativas principales inferidas unas de otras por medio de la lógica deductiva, la solución de cada caso en particular sólo requería de una nueva inferencia lógica.

De esta forma, la filosofía jurídico-política de la ilustración y la etapa ascendente y dominante de la clase burguesa apoyada en un esquema mental que priorizó la fe en su propia razón, la previsión del futuro por medio del cálculo y el afán de dominio sobre hombres y cosas, proporcionaron la raíz ideológica y el soporte socioeconómico al constitucionalismo: la Constitución representó la organización del Estado liberal-burgués. La misma base reconoció el fenómeno de la Codificación en tanto los Códigos pretendieron contener el resto de la organización jurídica de la sociedad burguesa. En suma, el constitucionalismo no fue sino la codificación del Derecho político al que debió sumarse la del Derecho privado, entendiendo por tal al civil, al penal, al mercantil y al procesal.

Ambos instrumentos jurídicos se utilizaron para eliminar particularidades y desigualdades. En la Constitución se proclamó la igualdad jurídica ante la ley de

todos los individuos miembros de una nación y se puso fin a los privilegios estamentales patrimonio de la nobleza y de la Iglesia. Con los códigos se generó seguridad jurídica desde dos ópticas. Por una parte, porque contenían un Derecho delimitado, breve y sencillo que, a diferencia de la costumbre, fruto de un pasado irracional y de la voluntad anónima, popular y carente de luces, era obra de un legislador ilustrado e inteligible por cualquier ciudadano. Por otra, porque concretaba la aspiración del Estado liberal burgués de un juez sometido a las leyes, que no creaba Derecho sino que se limitaba a aplicarlo literal y estrictamente tal y como se recogía en los códigos. Con ellos se pensó crear un Derecho civil, mercantil, penal y procesal válidos para todo el ámbito territorial del Estado y sustitutivos de cualquier régimen jurídico particular preexistente.

Cohherentemente con lo que llevamos expuesto, ni las normas constitucionales ni los códigos que rigieron en el país durante el siglo XIX establecieron medidas especiales dirigidas a la protección de las minorías. Por el contrario, acorde con la política oficial, las medidas orientadas a los pueblos originarios tendieron, en líneas generales, a acelerar su proceso de integración a los patrones de vida económicos, sociales y culturales del resto de la población, proceso al cual se suman, de manera lenta y dolorosa desde mediados de la centuria, las comunidades afrocolombianas.

6. El estado actual de la cuestión

A principios del siglo XX, se produjo un movimiento que propició la vuelta hacia el arte y la espiritualidad. En función de cierta nostalgia por lo propio, los intelectuales y los literatos provenientes, básicamente, de los sectores medios, comenzaron a apelar a la idea del mestizaje cultural y a integrar en su cosmovisión a las capas populares, a los indígenas y a los afrocolombianos. Consecuentemente, la centuria exhibió modelos de protección para aquellas manifestaciones culturales de las minorías que constituían una señal inequívoca de que Colombia debía reconocerse definitivamente como producto de una cultura mestiza, rica, polifacética y, fundamentalmente, vital: fiestas como el carnaval de Barranquilla, resultado del encuentro de las tres matrices étnicas; danzas como la cumbia, los bundes o los fandangos, que siguen formando parte de las fiestas religiosas

heredadas del calendario español como la Candelaria o la Popa; ritmos como el joropo, de probada ascendencia hispánica con aporte de la maraca indígena; prácticas funerarias como el lumbalú, canto y baile del muerto que persiste en el palenque de San Basilio.

Paralelamente se fue avanzando en la construcción de un nuevo orden jurídico que protegiera las diferencias. Los convenios 107 de 1957¹⁹ y 169 de 1989 de la OIT, ratificados por Colombia en 1967 y 1991 respectivamente, y la Constitución de 1991 -en cuya redacción intervinieron los indígenas Francisco Rojas Birry y Lorenzo Muelas Hurtado- aportaron el marco legal necesario para el reconocimiento de los derechos de las minorías al señalar que los integrantes de los grupos étnicos tendrían acceso a una educación que respetara y desarrollara su identidad cultural.

Si bien los adelantos no resultan desdeñables, es mucho lo que resta por hacer. En el orden interno, aunque resulta positivo el movimiento de reformas constitucionales y de renovación de prácticas políticas activo en las últimas décadas en toda Latinoamérica²⁰, es conveniente que los cambios -constitucionales o equivalentes- sean vinculados al orden internacional para que se garanticen plenamente. Por otra parte, la rehabilitación de los tratados pretéritos, los convenios y los acuerdos constructivos actuales no pueden constituir la clave única, ni siquiera principal, de la recuperación de los derechos indígenas: sólo deben representar un valor añadido o suplementario a su reconocimiento general. De lo contrario, se producirá una nueva secuela discriminatoria dentro de la cual el derecho del pueblo indígena quedaría condicionado a acuerdos históricos -no raramente lastrados en origen- o a acomodamientos actuales que exhiben una desigualdad material entre partes más pronunciada, en algunos casos, que la de tiempos pasados. Por último, sería valioso el establecimiento a escala supraestatal (preferentemente regional) de mecanismos jurisdiccionales de carácter intercultural para la resolución pacífica de disensiones y conflictos y para la celebración y puesta en práctica de acuerdos constructivos.

En el orden internacional, el reto debe recaer sobre las Naciones Unidas por su capacidad para lograr el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas

en cuanto pueblos. Mantener la cuestión dentro de la esfera de la Organización Internacional del Trabajo sería un grave error, no sólo porque no puede atribuirse las mismas competencias que las Naciones Unidas, sino además por su limitada posibilidad de control, que puede abrir paso a que los derechos consignados en los últimos convenios tengan escasas garantías y provocar, en consecuencia, la desconfianza de los grupos originarios tanto en el sistema como en su capacidad para adoptar una pendiente Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas que equipare a todos los pueblos de la humanidad.

Fuera de todo lo planteado -cuya importancia no se desconoce- estamos convencidos de que hoy corresponde a los científicos dedicados a las Ciencias del Hombre asumir la responsabilidad de abrir un nuevo debate. La única base firme en la cual puede apoyarse sin el riesgo de quedar sumergido en el terreno de lo meramente teórico es la del conocimiento de la historia de cada pueblo originario en particular y la del análisis de las soluciones -si las hubo- con las que cada período respondió a sus requerimientos. Sólo por esta vía será posible observar con claridad aciertos y errores que permitan concebir, con la menor probabilidad de error, las respuestas más convenientes.

La documentación impresa e inédita invita a los estudiosos de las diferentes especialidades a empeñarse en su análisis en el cual, sin duda, podrán encontrar abundantes testimonios de formas concretas de protección que resultarán de suma utilidad para iluminar tanto la interpretación de los modernos textos constitucionales como la creación de nuevas fuentes normativas que se revelan como imprescindibles para la debida protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL-CASTELLÓ, VIDAL, "La bipolarización Sepúlveda-Las Casas y sus consecuencias: la revolución de la duodécima réplica", en *Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca. La ética de la conquista de América*, Madrid, CSIC, 1984 (*Corpus Hispanorum de Pace*, vol. XXV), pp. 229-288.
- BELDA PLANS, JUAN, *La escuela de Salamanca y la renovación de la teología en el siglo XVI*, Madrid, BAC, 2000.
- BRAVO LIRA, BERNARDINO, *Poder y respeto a las personas en Iberoamérica, siglos XVI-XX*, Valparaíso, Universidad Católica, 1989.
- Conclusiones del Seminario Internacional sobre "Pueblos Indígenas, Estados constitucionales y Tratados u Otros Acuerdos Constructivos entre Pueblos y Estados", Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 10-14 Septiembre 2001.
- GONZÁLEZ, MARGARITA, *El Resguardo en el Nuevo Reino de Granada*, Bogotá, tercera edición, El Ancora Editores, 1992.
- GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, MIGUEL ÁNGEL, "El elemento indígena en la formación del Derecho indiano", *Un mestizaje jurídico: El Derecho Indiano de los Indígenas (Estudios de Historia del Derecho)*, Madrid, Universidad Complutense, 1995.
- MAYORGA GARCÍA, FERNANDO, *La Audiencia de Santafé en los siglos XVI y XVII*, Santafé de Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, 1991.
- MAYORGA GARCÍA, FERNANDO, "Derecho Indiano y Derechos Humanos", en *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. II, México, Escuela Libre de Derecho-Universidad Autónoma de México, 1995, pp. 1031-1045 y en *Idem, Estudios de Historia del Derecho* (escrito en evaluación de pares, Fac. de Jurisprudencia, Universidad del Rosario)
- MAYORGA GARCÍA, FERNANDO, "Pervivencias del Derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia" en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 14, Santiago de Chile, Centro de Investigaciones de Historia del Derecho de la Universidad de Chile, 1991, pp.291-313.
- MÖRNER, MAGNUS "Las comunidades de indígenas y la legislación segregacionista en el Nuevo Reino de Granada", en *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, núm.1, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1963, pp. 63-88.
- PEREÑA, LUCIANO, "Proyecto de reconversión colonial", "Introducción" a *Escuela de Salamanca. Carta Magna de los indios Fuentes Constitucionales (1534-1609)*, Madrid, CSIC, 1988 (*Corpus Hispanorum de Pace*, vol. XXVII), pp. 3-32.
- PEREÑA, LUCIANO, "La intervención de España en América. Escuela española de la Paz. Segunda generación (1560-1585)", "Estudio Preliminar" a JUAN DE LA PEÑA, *De Bello contra Insulanos*, Madrid, CSIC. 1982 (*Corpus Hispanorum de Pace*, vol. IX), pp. 21-134.
- PEREÑA, LUCIANO, "La escuela de Salamanca y la duda indiana" en *Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca* cit., pp.291-327.
- PUENTE BRUNKE, JOSÉ DE LA, *Encomienda y encomenderos en el Perú. Estudio social y político de una institución colonial*, Sevilla, Diputación Provincial, 1992.
- RAMOS, DEMETRIO, "El hecho de la conquista de América", en *Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca* cit., pp.17-63
- ROLDÁN ORTEGA, ROQUE, *Pueblos indígenas y leyes en Colombia. Aproximación al estudio de su pasado y su presente*, Bogotá, Tercer Mundo Eds., 2000.
- SUBERCASEAUX, BERNARDO, "Elite ilustrada, intelectuales y espacio cultural", en MANUEL ANTONIO GARRETÓN (COMP.), *América Latina: un espacio cultural en el mundo globalizado. Debates y perspectivas*, Santafé de Bogotá, Convenio Andrés Bello, 1999, pp.174-193.
- TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *Manual de Historia del Derecho Español*, 4ta. Edic., Madrid, Tecnos, 1983.
- VARGAS, PEDRO FERMÍN DE, "Memoria sobre la población del Nuevo Reino de Granada" en *Archivo de la Economía Nacional*, núm. 10, Bogotá, Banco de la República, 1953.

- VERGARA Y VERGARA, JOSÉ MARÍA, *Vida y escritos del General Antonio Nariño*, segunda edición, Bogotá, 1946 (Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, vol. 95).
- ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO, *Historia del derecho argentino*, 1ra. edición, 2da. reimpresión, t.1, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, 1978.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 El *Liber* recogió algunos de los cánones del XIII Concilio de Toledo que exigían juicio previo por sus pares tanto para que los magnates del oficio palatino como para que los demás hombres libres pudieran ser castigados por delitos o privados de sus cargos, de su libertad o de sus bienes. Fue aplicado en principados cristianos durante la Alta Edad Media y en la España musulmana para los mozárabes.
- 2 El Rey Alfonso IX juró no proceder contra ninguna persona ni contra su hacienda por simple denuncia sino, únicamente, después de probados frente a un tribunal los cargos aducidos contra el inculpado. En esta época, los estamentos eclesiástico y nobiliario, como así también musulmanes y judíos, contaron con un fuero propio que supuso un derecho y tribunales privativos.
- 3 Privilegios de contenido eminentemente casuístico con profusión de medidas protectoras concedidas a todos los habitantes de una determinada localidad, extendidos, luego, a otras poblaciones.
- 4 El hecho de que cada hombre cumpla con todos sus deberes (para con Dios, para con el Rey, para consigo mismo, e, incluso, para con las cosas) garantiza el que la sociedad viva bien y ordenadamente, en derecho y en justicia. Quien respeta las honras propias y ajenas alcanzará premio, quien no lo haga recibirá un castigo por atentar contra un orden que obliga a todos, incluso al propio Soberano. Dentro de este esquema, el mayor atentado contra la persona proviene de la persona misma, en el caso de que, rebajándose, se salga de su sitio para perturbar el orden establecido. Aún cuando la persona no se agota en la relación con su Rey, veamos, a manera de ejemplo, cuál debía ser el vínculo de éste con su pueblo, al cual se define como el ayuntamiento de todos los hombres, tanto mayores como medianos y menores, porque todos se necesitan y deben ayudarse unos a otros para vivir y ser guardados y mantenidos. Dentro de una relación que trasciende lo jurídico para insertarse en el ámbito de lo teológico, una serie de deberes radican en cabeza del Rey: debe amar, honrar y guardar a su pueblo. Debe amarlo haciéndole merced cuando lo estime necesario y procediendo como un padre que cría a sus hijos con amor, castiga con piedad a los que merezcan algún castigo e, incluso, perdona a los delincuentes la pena merecida. En suma, ha de ser siempre justo, aunque no tan cruel como para no saber templar la justicia con la misericordia. Debe honrarlo de tres formas diferentes: poniendo a cada uno de sus súbditos en el lugar conveniente a su linaje, bondad o servicio y manteniéndolo en él mientras no obre cosa que lo haga sujeto pasivo de perderlo; alabando de palabra sus buenas acciones de modo que adquiera buena fama y estimación; y, finalmente, "queriendo que los otros lo razonen así". Honrando a sus súbditos "será él honrado por las honras dellos". Por último, el Rey debe guardar a su pueblo. En primer lugar, de sí mismo, no haciéndoles cosa que no quisieran les hiciese, ni tomándoles tanto que luego no pueda valerse de ellos cuando los necesite. En segundo término, del daño que puedan causarse los unos a los otros "e para eso, ha menester que los tenga en justicia e en derecho, e non consienta a los mayores que sean soberbios, ni tomen, ni roben, ni fuercen, ni fagan daño en lo suyo a los menores". Finalmente, debe guardarlo del daño externo que puedan ocasionarle sus enemigos.
- 5 En 1325 y 1329 se mandó no se cumplieran órdenes ilegales de "lisiar, matar o desterrar" reforzándose así la protección de la vida de cada uno, su integridad corporal y su libertad física de residencia. Un siglo más tarde, Juan II ordenó se obedecieran pero no se cumplieran aquellas disposiciones que se considerasen contrarias a derecho, informando las razones al Monarca a fin de que resolviera definitivamente.
- 6 La primera, que se configura plenamente en el siglo XIII, tenía por objeto obtener la reparación de un agravio causado por un acto injusto. La Audiencia conocía en las apelaciones contra oficiales y corregidores de las villas y, tres años antes del descubrimiento, se le reconoció facultad para la ejecución del acto de gobierno apelado. De los actos del Rey o de la Audiencia y, en general, de aquéllos contra los cuales no había alzada por vía de derecho, sí había suplicación por vía de merced: en estos casos, la resolución se daba por equidad más que por derecho. A partir de las Cortes de Segovia de 1390 el conocimiento de las causas de suplicación correspondió a la Audiencia.
- 7 El *derecho castellano* era, no sólo el que imperaba en Castilla en el momento de la conquista, sino también el que se fue sancionando posteriormente para ese Reino. En un principio, el Derecho de Castilla se trasplantó integralmente a América, de modo que las leyes promulgadas en este territorio se entendían automáticamente vigentes en Indias. Diferentes

disposiciones legales declararon expresamente la vigencia automática del Derecho de Castilla en el Nuevo Mundo refiriéndose a "la ley de Toro", es decir, a todo el sistema normativo castellano. Esta vigencia íntegra y automática se quebró en 1614, cuando Felipe III dispuso que las leyes castellanas puestas en vigencia a partir de entonces solo regirían en América cuando fuesen autorizadas expresamente por el Consejo de Indias y despachada por Real Cédula. Esta disposición, reiterada en 1626 y en 1645, fue incluida más tarde en la *Recopilación de Indias*. Más tarde, una ley de Felipe IV mandó se guardasen en Indias la *Recopilación* castellana de 1567 y las *Partidas*, considerando que los demás elementos del Derecho castellano carecían de importancia para las Indias.

8 Aunque en rigor, sería más exacto reservar la denominación "Derecho indiano" para las normas sancionadas especialmente para América, tal denominación suele abarcar no sólo tales disposiciones, sino también las trasplantadas del Derecho castellano, del común romano-canónico y del consuetudinario indígena, pues su unión y su vigencia simultáneas obliga a estudiarlas en conjunto como parte de un sistema jurídico completo.

9 El *derecho indiano propiamente dicho* se componía de: 1º las normas sancionadas en España para regular el funcionamiento de los órganos gubernativos indios allí existentes; 2º las leyes expedidas en España para resolver los problemas de América hispánica y Filipinas; 3º las leyes y costumbres establecidas en Indias; 4º las interpretaciones de todas esas leyes hechas por los tribunales superiores (Consejo de Indias y audiencias). Lejos de abarcar desde un principio todas las ramas del sistema jurídico, las normas se fueron sancionando en la medida en que las cuestiones planteadas no podían resolverse mediante la aplicación del Derecho castellano, o cuando la especialidad de los problemas obligaba a dictar reglas diferentes. Su contenido se limitaba al Derecho público eclesiástico (organización de la Iglesia, real patronato, evangelización de los indios, etc.), al gobierno político de las Indias, a su régimen administrativo, judicial, militar y financiero, a la condición de los indios, al ingreso de personas y a la regulación de las actividades económicas. El Derecho indiano emanaba de múltiples autoridades e, incluso, era a veces consuetudinario. Si bien el Rey era el supremo legislador y actuaba con previo asesoramiento de juntas especiales o de los Consejos permanentes, podía delegar la función legislativa en las autoridades locales por su conocimiento más directo y preciso de los problemas y, consecuentemente, de la forma de resolverlos. Desde el primer momento, las leyes dictadas específicamente para Indias tuvieron vigencia preferente: al crecer éstas, el Derecho de Castilla pasó a ser un Derecho supletorio, llamado a llenar las lagunas del indiano, principal y específico. Pese a todo, en materia de Derecho privado, penal y procesal, campos en los cuales la legislación de Indias era relativamente escasa, la función supletoria del Derecho castellano fue importante y duradera.

10 Tras los debates de la Junta de Valladolid y reconocida la validez de los títulos basados en la jurisdicción temporal ejercida por el papado sobre el universo, se acordó que el Rey podía "requerir" la obediencia de los caciques indios. En 1513, el jurista español Juan López de Palacios Rubios redactó el *Requerimiento*, texto que debían proclamar los conquistadores ante los naturales antes de enfrentarse con ellos. Allí se hablaba del poder universal (temporal y espiritual) de los papas sobre el mundo heredado de Jesucristo a través de San Pedro; de la donación de la jurisdicción de las nuevas tierras a los reyes de España a los cuales los indios debían declararse vasallos so pena de enfrentar guerra y esclavitud; y de la conveniencia de aceptar misioneros. Como es obvio, no se trataba de una simple "oferta" sino de una notificación de lo ya resuelto por la donación papal a fin de que su aceptación evitara la guerra de sometimiento y la reducción a esclavitud con la consiguiente toma de bienes. *A priori* la lectura estaba condenada al fracaso tanto por el desconocimiento de las lenguas indígenas como por la imposibilidad de que los naturales entendieran el razonamiento que se les quería hacer: en definitiva, las diferencias culturales convirtieron al *Requerimiento* en un "ingenuo trámite de formalidad jurídica. De todas formas, no se puede dejar de ver en él un intento por encauzar el problema del asentamiento español e, incluso, un empeño didáctico por explicar a los naturales la facultad del Papado para efectuar una donación en virtud de la cual debían consentir la predicación aún cuando no se les exigiera la conversión".

11 Según Abril-Castelló, en la última versión de su réplica a Sepúlveda publicada en Sevilla en 1552-1553, el dominico muestra un vuelco significativo en su teoría. Hasta entonces había proclamado que, una vez bautizados, los naturales eran súbditos del Papa y, en virtud de los deberes de obediencia a la autoridad eclesiástica y por la vía de la adjudicación del Papado a la Corona de Castilla, pasaban a ser también súbditos españoles. A partir de este texto, en la 12ª réplica, Las Casas distingue entre el fuero religioso-eclesiástico y el político-temporal e indica que, en este último aspecto, los indios siguen enteramente libres tanto respecto de la Corona como del Papado aún después de convertidos, y, en consecuencia, pueden rechazar ambas soberanías. Esta postura lleva implícita una doble consecuencia: por una parte, la de descalificar el sistema de concesiones papales en todo aquello que pueda implicar traspaso automático de soberanía tras la conversión de los pueblos nativos; y, por otra, la de reafirmar la autonomía, el poder de autodeterminación y la plena soberanía política de las comunidades indígenas en plena igualdad de condiciones respecto de la Corona, lo cual implica, a su turno, la obligación de obtener su libre consentimiento para su incorporación a Castilla.

12 Por la misma época, con la conquista del imperio azteca por Hernán Cortés, se iniciaba el período de la "encomienda continental" que se extendió, paulatinamente, a todo el territorio americano. En términos generales (aunque las primeras encomiendas continentales fueron bastante similares a las antillanas), puede afirmarse que la gran distinción entre la

encomienda antillana y la continental radicó en que la primera se basó en la compulsión de los indígenas al trabajo (encomienda de servicio), en tanto que con la segunda se produjo, hacia la década de 1530, el viraje hacia la encomienda de tributo. Esto significó una transformación de no poca monta: el Rey cedió al encomendero la tasa que los naturales le debían como vasallo libre y los dejó en libertad para "concertar" trabajos a cambio de un salario. Al mismo tiempo, con insistencia, se recordaba a los beneficiarios su obligación de buen tratamiento y de adoctrinamiento de los indios a su cargo.

13 *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias* (1680), lib. 6, tit. 7, ley 3.

14 *Idem*, lib. 6, tit. 1, ley 30.

15 Según Margarita González, se trata de una visita general, cuyas diligencias comenzaron en 1778. Debe recordarse que las visitas al distrito de la Audiencia tenían por finalidad verificar la ejecución de las leyes, procurar a los indios justicia y, en general, intervenir donde parecía ser necesario. Una disposición de octubre de 1549 señalaba la obligación de que "uno de nuestros oidores por su tanda visiten los pueblos del distrito de la dicha Audiencia y las ventas y boticas y en la dicha visita de las provincias de su distrito se informe de la calidad de la tierra y número de pobladores y cómo podrán mejor sustentarse, y las iglesias y monasterios que serán menester y qué edificios públicos serán necesarios para el bien de los pueblos, y andarse mejor los caminos; y si los naturales hacen los sacrificios e idolatrías que solían; y cómo los corregidores hacen sus oficios y si los esclavos que andan a las minas son doctrinados como deben, y si se cargan los indios o si se hacen esclavos contra lo ordenado, y se informe de todo lo demás que conviene sumariamente, y el tal oidor lleve comisión para proveer las cosas en que la dilación sería dañosa o fueran de calidad que no requieran mayor deliberación". La Cédula, en: *Copilata*, 23, 105. Esta disposición se incorporará al capítulo 40 de las Ordenanzas de Audiencias de 1563, recibidas en la Audiencia del Nuevo Reino el 18 de agosto de 1568.

16 Conclusiones de la visita de Francisco Antonio Moreno y Escandón, Santafé, 18 de noviembre de 1778. en GONZÁLEZ, *El resguardo*, pp. 167-168. La bastardilla es nuestra.

17 VARGAS, "Memoria sobre la población del Nuevo Reino de Granada", p. 83. La bastardilla es nuestra.

18 El texto, fechado el 16 de diciembre de 1797, está publicado en VERGARA Y VERGARA, *Vida y escritos*, p. 81.

19 En 1978, por ejemplo, como resultado de los esfuerzos de las propias comunidades y en cumplimiento de las disposiciones del Convenio 107 se expidió el decreto 1142 en el cual, por primera vez, se intentó definir un modelo especial dirigido a lograr un acercamiento entre los programas educativos y las necesidades sociales, económicas y culturales de las poblaciones indígenas.

20 Son elocuentes los cambios constitucionales de las últimas décadas hechos por Panamá, Guatemala, Nicaragua, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú, Bolivia, Argentina, Ecuador, Venezuela y México.

COMENTARIOS A LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ATÍPICOS EN COLOMBIA

MÓNICA CORTÉS FALLA

COMENTARIOS A LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ATÍPICOS EN COLOMBIA

MÓNICA CORTÉS FALLA

2. COMENTARIOS A LOS NEGOCIOS ATÍPICOS EN COLOMBIA

AUTOR: MÓNICA CORTÉS FALLA

DIRECCIÓN: mcortes@unab.edu.co

FECHA DE RECEPCIÓN: 27/05/2004

DESCRIPTORES: Negocios Jurídicos, atípicos, Colombia, Ley, obligaciones, contratos

RESUMEN: La interpretación de los negocios jurídicos atípicos en Colombia, debe partir de la aplicación a cada negocio en particular de las leyes imperativas sobre obligaciones y contratos, teniendo en cuenta, la finalidad económica y comercial del contrato atípico; pero, ante todo, con el imperativo constitucional y legal de impedir el desequilibrio, la desigualdad que pueda haberse estipulado por la imposición de los intereses de las grandes fuerzas económicas de la globalización, ante las cuales el particular se encuentra indefenso

KEY WORDS: Legal, atypical businesses, Colombia, Law, obligations, contracts

ABSTRACT: The interpretation of the atypical legal businesses in Colombia, must divide of the application for each business in individual of the imperative laws on obligations and contracts, considering, the economic and commercial purpose of the atypical contract; but, first of all, with the constitutional and legal imperative to prevent the imbalance, the inequality that can have stipulated by the imposition of the interests of the great economic forces of the globalization, before which the individual is defenseless

1. No todos los actos voluntarios del hombre son actos jurídicos. Leer es un acto humano y además, voluntario, pero que el Derecho no toma en cuenta porque no compromete el fin propio del Derecho; tampoco constituye acto jurídico aquella actuación humana que no crea ni modifica ni extingue relaciones jurídicas.

Los actos jurídicos pueden ser negocios jurídicos ¹, que a su vez pueden ser declaraciones unilaterales de voluntad como el testamento, o bilaterales como el matrimonio o, pueden ser los contratos. Salvo un grupo de estos últimos, la mayoría de los negocios jurídicos están presentes en la normatividad nacional, y se denominan típicos.

Atípicos son aquellos negocios jurídicos que carecen de una regulación legal específica y que se encuentran, por tanto, ausentes de los Códigos de Derecho Civil y Comercial², así estén mencionados o aparezcan reseñados precariamente en otros órdenes jerárquicos

inferiores de la normatividad. También son considerados atípicos en materia mercantil los contratos que se practican en forma reiterada, que tienen una función comercial y económica definida en un determinado sector social.

2. Razón de ser de los negocios jurídicos atípicos y clasificación.

La contratación atípica se expande en el mundo moderno; así encontramos negocios jurídicos atípicos presentes en la vida económica y jurídica de nuestro país, que no escapa a la evolución técnica y a los rápidos cambios de la sociedad contemporánea que requiere sistemas jurídicos vigentes y funcionales, reflejo de un mundo negocial globalizado.

La expansión de los negocios jurídicos atípicos ha sido vertiginosa en los últimos años³ aún cuando su aparición no sea reciente, porque cada período del desarrollo jurídico contractual ha sido impulsado en gran parte por esta atipicidad, generado por la libertad de contratar que supera los rígidos modelos contractuales lo cual permite a los interesados crear sus propias relaciones contractuales acordes con sus necesidades comerciales.

En efecto, los negocios jurídicos atípicos han sido de gran importancia en la contratación moderna, y desde 1938 la Corte Suprema de Justicia los reconoce, indicando que se trata de "relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contrato"⁴

Existen diversos contratos atípicos, que se clasifican con base en su originalidad, a partir del esquema de contrato típico. Así, los hay puros o **sui generis**, porque sus cláusulas no corresponden con ninguno de los ya tipificados legalmente. Y los hay complejos o mixtos, que son aquellos negocios que tipificados legalmente guardan semejanza con los tipos contractuales regulados. A la primera clase pertenecen el Factoring y el Contrato de Concesión Mercantil. Dentro de los complejos o mixtos, están el Contrato de Leasing y el de Reporto, entre otros.

3. Interpretación de los negocios jurídicos atípicos.

Las pautas de interpretación de los negocios jurídicos atípicos se han discutido largamente. La doctrina ha planteado diferentes teorías, conocidas como la de la Absorción, o la de la Combinación, la de la Analogía o la teoría del Interés o Fin Dominante.

La dificultad sobre el régimen jurídico aplicable a los negocios jurídicos atípicos, enfrenta, en general, intereses que habría que organizar en un orden de prioridades.

a- Con fundamento en el artículo 4 del Código de Comercio, se argumenta que el desarrollo de la vida moderna impone constantes cambios respecto de los cuales el derecho positivo está a la zaga; por esto, deben prevalecer las disposiciones contractuales del negocio jurídico atípico sobre las normas jurídicas, que, según esta óptica predominantemente mercantil, son sólo instrumentos jurídicos que deben adaptarse a las necesidades comerciales y económicas de los particulares, respetando la libertad contractual.

Corresponderían a un segundo orden las normas de la teoría general de los contratos y de las obligaciones seguidas de la Costumbre Mercantil del lugar. Y ocuparían un cuarto peldaño los Tratados Internacionales no ratificados por Colombia, para finalizar con los Principios Generales del Derecho Comercial y la Analogía en general⁵.

b- El otro interés que entra en juego, es el de la aplicación prevalente del Derecho Positivo; es oportuno recordar, como punto de partida, algo que es sencillo pero indispensable, la normatividad es la que delega en los particulares la atribución de autorregularse y diseñar negocios jurídicos ajenos a la tipicidad contractual; recordar que la evolución de la cultura jurídica es la que ha refinado y autorizado en grado cada vez mayor la autonomía privada como institución propia de la vida en sociedad; Y no olvidar que esos cambios no se producen por fuera del sistema legal y de los principios jurídicos que son los que permiten fijar los linderos de cada institución, en este caso la contractual. Son parámetros, criterios y reglas presentes en todo orden

jurídico que armonizan y constituyen el sustento lógico y de equidad contractual.

Entonces, considero que por muy alto grado de desarrollo comercial a que haya llegado una sociedad determinada, es indispensable que se apliquen a todo contrato atípico las disposiciones que según la naturaleza jurídica de la relación y los sujetos que en ella intervengan, garanticen un equilibrio básico y una protección general de los terceros.

El contrato-como categoría- tiene tipicidad **in genere** y al contrato atípico, "que no está reordenado ni reorganizado en principio, sólo podrá aplicársele la regulación (tipicidad) que corresponde al presupuesto básico del que parte (el contrato); la regulación concreta habrá de buscarla en cada caso"⁶

Por lo ya expresado, ante la incertidumbre que la ejecución e interpretación de los negocios jurídicos atípicos pueda generar, opino que es menester aplicar un criterio sistemático de interpretación que defina la jerarquía normativa en los contratos atípicos.

En un primer orden las leyes imperativas, las generales que tratan de las obligaciones y los contratos, seguidamente las correspondientes a los contratos típicos que pudieran ser afines⁷, cuya aplicación puede ser analógica pues la Ley 153 de 1887 en forma temprana nos señala en su artículo 8, cómo en virtud de la analogía, se somete un caso no regulado por el ordenamiento al régimen que gobierna un negocio jurídico similar, así la solución a cuestiones novedosas se encuentra en principio, en el propio Código de Comercio⁸.

Ante la concurrencia de dos clases de disposiciones imperativas: las normas correspondientes a contratos típicos que pudieran ser afines y las normas generales relativas a las obligaciones y los contratos, pienso que se aplican preferentemente éstas últimas, cuando se trate de contratos atípicos sui generis. Cuando se trata de un negocio atípico complejo se aplicarán las normas propias de los contratos afines.

Para la regulación de contratos atípicos, además del marco normativo general antes descrito, tienen especial importancia las cláusulas convenidas en el negocio jurídico, que constituyen ley para las partes, siempre y cuando no contraríen el orden público⁹

Las estipulaciones de los contratantes en un negocio jurídico atípico validamente celebrado son fuente de derecho y los particulares tienen potestad normativa para disponer de sus intereses privados. Ante un acto carente de forma y contenido típico el intérprete indagará si este acto constituye un negocio jurídico, tratará de determinar qué se pretendió al celebrarlo, cuál es su causa y finalidad económica comercial, para así interpretar con la mayor fidelidad posible la voluntad de los contratantes.

En el orden normativo viene a continuación la costumbre mercantil. Tratándose de un contrato atípico utilizado habitualmente en un lugar, prevalece el derecho consuetudinario local sobre las normas que regulan con carácter supletorio lo relativo a los contratos y obligaciones.

Finalmente, se aplican en su orden, los Tratados Internacionales no ratificados por Colombia, la Costumbre Internacional y los Principios Generales del Derecho Comercial.

4. Un modelo de negocio jurídico atípico para reflexionar.

Repasados algunos aspectos teóricos de los negocios jurídicos atípicos y por cuanto su enlistamiento sería interminable, comentaré brevemente el contrato de Concesión Mercantil que constituye un modelo interesante de la atipicidad catalogada como sui generis.

Se conoce como Contrato de Concesión Mercantil o Contrato de Distribución Exclusiva a aquel que tuvo origen en la industria y el comercio de automóviles, gaseosas y cervezas en Estados Unidos y Alemania a finales del siglo XIX y principios del XX. La meta de conquistar más mercados sin invertir mayor capital se logra a través de los concesionarios que tenían licencia, en el caso de

las bebidas, de embotelladores o distribuidores del producto.

Con el tiempo, este negocio exitoso se extendió y diversificó, primero en el mundo occidental y después de la apertura económica, también en oriente.

Se define como un "contrato mercantil atípico, consensual y sinalagmático mediante el cual una persona física o jurídica denominada concedente, otorga por tiempo limitado o ilimitado la facultad de distribuir exclusivamente en un área geográfica limitada sus productos, a otra persona que igualmente puede ser física o jurídica"¹⁰

Además de las características ya reseñadas, se trata de un contrato de colaboración, puesto que concedente y concesionario no tienen intereses opuestos; también es oneroso, de libre discusión o de adhesión; de tracto sucesivo, lo que posibilita la aplicación del Principio de Imprevisión; es **intuitu personae**, ya que se celebra entre personas que confían plenamente en la gestión de la otra; también hay que agregar que estructura unidad de empresa entre concedente y concesionario.

La Concesión Mercantil es la comercialización de un producto o servicio ésta, que es su función económica, hace de la relación contractual un negocio jurídico atípico y autónomo, con rasgos muy definidos, cuya naturaleza jurídica no es confusa, pero sí ha sido refundida en otros modelos legales.

Lo más usual es encontrar la Concesión tratada legalmente como una compraventa, de carácter especial, a veces con un pacto especial de exclusividad; otras veces como una venta con monopolio, o también como una venta con suministro. Se le ha desfigurado minimizando el contrato a un derecho a utilizar una marca y ponerla en productos. Que es un contrato más de mandato o de agencia mercantil o inclusive de arrendamiento se ha llegado a afirmar.

Indudablemente el contrato de Concesión mercantil se asemeja a otras formas contractuales típicas, pero es su específica función comercial la que lo libera de la subordinación legal a otros modelos y lo convierte en un negocio jurídico

independiente. Aparece como un uso que al tornarse en costumbre mercantil, va delimitando sus fronteras hasta llegar a convertirse en un negocio muy eficaz y flexible que permite a industriales y comerciantes construir un vínculo contractual que satisface sus intereses.

Los problemas jurídicos relacionados con el contrato atípico de Concesión generalmente surgen al tener que determinar la duración del contrato. El Tribunal Superior de Antioquia ha establecido en reiterada jurisprudencia que el desistimiento unilateral es válido cuando las partes, al suscribir el contrato, no han indicado nada sobre la duración de sus efectos. Corolario lógico que desarrolla el principio según el cual no existe obligación impuesta por tiempo indefinido.

Una modalidad muy difundida del Contrato de Concesión Mercantil es la Franquicia (sobre la que tendríamos que reflexionar) a la que Guyenot define como "forma de concesión de una marca de productos o servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta"¹¹. Este negocio, inevitable consecuencia de la globalización e imparable en sus efectos, invade cada vez más nuestro país y constituye otra forma de conquista, la manera moderna como los países pobres son colonizados y exprimidos.

CONCLUSIONES

- Al entender de que no todo es nuevo en el Derecho que conocemos como actual ni todo es siempre igual, **nova et vetera**, se explica la existencia de los negocios jurídicos atípicos.
- Los negocios jurídicos atípicos aparecen en el Derecho como expresión de la amplia gama de relaciones jurídicas contractuales que vivifican y posibilitan el ejercicio del comercio y el crecimiento de la economía.
- Hay atipicidad de variadas formas: la originada en los contratos que sólo están delineados a partir de la costumbre mercantil, la que no consulta ningún modelo contractual ya regulado, y aquella que toma elementos de otros

tipos contractuales para erigirse en un negocio atípico autónomo, por ende, novedoso.

- La interpretación de los negocios jurídicos atípicos en Colombia, debe partir de la aplicación a cada negocio en particular de las leyes imperativas sobre obligaciones y contratos, teniendo en cuenta, la finalidad económica y comercial del contrato atípico; pero, ante todo, con el imperativo constitucional y legal de impedir el desequilibrio, la desigualdad que pueda haberse estipulado por la imposición de los intereses de las grandes fuerzas económicas de la globalización, ante las cuales el particular se encuentra indefenso.
- En la medida en que los negocios jurídicos atípicos permanezcan alejados de cualquier posibilidad de regulación formal, seguirán siendo un recurso jurídico idóneo para impulsar el comercio y la economía, que no pueden ser constreñidos por camisas de fuerza normativas.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALBALADEJO, Manuel. El Negocio Jurídico. (Libro mutilado)
- ALTERINI, Atilio y otros. Contratación Contemporánea. Tomos 1 y 2, Temis, Bogotá 2000.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Contratos mercantiles. Tomo 2, Dike, Medellín 1992.
- BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. Y otros. Nuevos enfoques del Derecho comercial, Dike, Medellín 1995.
- CARIOTA FERRARA, Luigi. El negocio jurídico. Traducción del italiano y prologo de Miguel Albaladejo. Aguilar, Madrid, 1956.
- DE EIZAGUIRRE, José María. El Derecho mercantil en la codificación del siglo XIX. Universidad del país Vasco. Bilbao, 1987.
- DE GREIFF RESTREPO, Gustavo. Y otros. La contratación mercantil y otros aspectos comerciales. Dike, Medellín, 1992.
- GALGANO, Francesco. El negocio jurídico. Traducción de Francisco P. Blasco. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GACTO FERNÁNDEZ, Enrique. Y otros. Manual básico de Historia del Derecho. Madrid, 1999.
- NARVÁEZ GARCIA, José Ignacio. Introducción al Derecho Mercantil, Librería del profesional, Bogotá, 1979.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y otro. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico.

GUYENOT, Jean. ¿Qué es el franchising? Concesiones comerciales. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Para OSPINA FERNÁNDEZ (Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, Bogotá, Temis, 2000, Pág- 4) es "un acto cuya voluntad se encamina directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos" en el mismo sentido que los doctrinantes franceses del siglo XIX GALGANO (El Negocio Jurídico. Tirant blanch, Valencia, 1992) opina en el prólogo de su obra sobre el concepto de negocio jurídico que "Debe hablarse de él sabiendo que este concepto pertenece a la gramática elemental del Derecho Civil, útil para distinguir, en una primera aproximación al derecho, entre una declaración de voluntad y una declaración de ciencia, o entre la primera y una comunicación o una invitación. Sin embargo, se trata de gramática y no de filosofía".
- 2 ARRUBLA PAUCAR (Contratos Mercantiles, tomo II, Dike, 1992, pág.21) afirma que no hay contratos atípicos si se entiende la atipicidad como una "carencia de un modo de organizar la regulación de los contratos"
- 3 "El legislador más imaginativo y prolijo no podría superar la realidad comercial; por ello, el repertorio de contratos típicos es limitado frente al número y variedad de los contratos atípicos utilizados en el tráfico comercial" (GUTIERREZ CAMACHO, Walter. Los Contratos Atípicos. En Contratación contemporánea .Tomo 2. Temis, Bogotá, 2000, Pág. 293)
- 4 Cas. 31 de Mayo de 1938. Gaceta Judicial. Tomo XLVII, pág. 570.
- 5 Vid. ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Contratos Mercantiles Tomo II, Diké, 1992. Pág. 32 ss.
- 6 GETE ALONSO Y CALERA, María. Estructura y función del tipo contractual. Barcelona, 1979, pág.24.
- 7 Siguiendo lo ordenado en los Art. 1 y 2 del Código de Comercio, comprenderían las disposiciones de la ley comercial, en primer término, y de la legislación civil por remisión expresa del ordenamiento comercial.
- 8 Cas.22 de Octubre de 2001. Jurisprudencia y doctrina. Tomo XXX No.360. Pág.2425, en la cual la Corte reitera la prelación legal aplicable a contratos atípicos que determinó la Sent. de Mayo del 38.
- 9 Artículos 1602 del Código Civil y 4 del Código de Comercio.
- 10 CHULIÁ, VICENT, Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa. Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos Tomo II, Bosch, Barcelona, 1999. Pág. 334
- 11 GUYENOT, Jean. ¿Qué es el Franchising? Concesiones Comerciales. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1977. Pág. 20

EL VOTO FEMENINO EN COLOMBIA. EXPLICACIONES HISTÓRICO JURÍDICAS SOBRE LA DESIGUALDAD POLÍTICA DE LA MUJER.

ROCÍO SERRANO GÓMEZ

3. EL VOTO FEMENINO EN COLOMBIA. EXPLICACIONES HISTÓRICO JURÍDICAS SOBRE LA DESIGUALDAD POLÍTICA DE LA MUJER

AUTOR: ROCÍO SERRANO GÓMEZ

DIRECCIÓN: Escuela de Derecho UIS

FECHA DE RECEPCIÓN: 1/06/2004

DESCRIPTORES: derechos políticos, mujer, sufragio, liberalismo, legislación, igualdad, ciudadanía.

RESUMEN: El liberalismo radical que se vivió en el Estado de la Nueva Granada hacia la segunda mitad del siglo XIX produjo una verdadera conmoción política que implicó la verdadera ruptura con las instituciones hispánicas. La esencia de la reforma fue, sin embargo, altamente inspirada por las políticas adoptadas en Francia con posterioridad a las revoluciones de 1789 y de 1848; de ahí que algunas de sus instituciones no hayan tenido entre nosotros verdadera aceptación. Uno de los proyectos que pretendieron desarrollar los liberales radicales en la organización del Estado fue el de hacer un ciudadano de cada uno de los habitantes de la Nueva Granada. Sin embargo, el resultado final fue la existencia de una contradicción entre la filosofía liberal y algunas de las instituciones jurídicas de la época. En la práctica, el concepto de ciudadano aplicado solo a los hombres, y entre ellos solo a quienes reunían puntuales requisitos exigidos por ley, terminó siendo excluyente y contrario a un principio básico proclamado por el liberalismo: el de la igualdad. En momentos en que se celebra en Colombia los cuarenta años de la concesión del voto a las mujeres, este ensayo analiza la contradicción existente entre los principios liberales de "libertad, igualdad, fraternidad" con respecto a la exclusión de la mujer del derecho al sufragio, al tiempo que mira las razones jurídicas que, para aquella época, justificaron con creces que la igualdad para todos los seres humanos no se hubiera dado entre nosotros.

KEY WORDS: political rights, women, vote, liberalism, legislation, equality, citizenship.

ABSTRACT: The radical liberalism that one lived in the state of the Nueva Granada toward the second half of the XIX century was the cause of a true political shock that impeded the true rupture with the Hispanic institutions took place. The essence of the reformation was, however, highly inspired for the politicians adopted in France after the revolutions of 1789 and 1848; with the result that some of its institutions have not had among us true acceptance. One of the projects that sought to develop the radical liberal in the organization of the state was the one of making a citizen of each one of the inhabitants of the Nueva Granada. However, the final result was the existence of a contradiction between the liberal philosophy and some of the juridical institutions of the time. In the practice, citizen's concept only applied the men, and among them alone to those who gathered punctual requirements demanded by law, it finished being excluding and contrary to a basic principle proclaimed by liberalism: the equality. This rehearsal analyzes the existent contradiction among the liberal principles of "freedom, equality, fraternity" with regard to women's exclusion of the right of vote, at the time that looks the juridical reasons that, for that, time, justified amply the fact that the equality for all the human beings had not been given among us.

1. LA CUESTIÓN DE LA CIUDADANÍA Y EL DERECHO AL VOTO

Los supuestos de la ciudadanía moderna provienen de la idea de un "contrato social" en el que el ciudadano se presenta como un ser *universal*, aislado, sujeto de voluntad y punto cartesiano de la actividad política². Estos supuestos no parecen haber contado en el Código Civil Chileno que redactó Andrés Bello - adoptado por el Estado de

Santander en 1860 -, en el que el sujeto ciudadano no aparece como un individuo "abstracto y desencarnado", sino como "un padre, un esposo, un hijo y un propietario". La Constitución que antecedió a la revuelta liberal asumió los principios del Código Civil que basaba algunas de sus instituciones, especialmente el capítulo de las personas y la familia y, en general, todo lo que tiene que ver con los bienes del individuo, en el Derecho Romano, una legislación que reconoció las desigualdades entre los seres humanos.

En efecto, para los legisladores romanos la calidad masculina de *pater familia* era el centro del núcleo doméstico y de la autoridad sobre la esposa y los hijos no emancipados. La familia por sí misma era el centro de la sociedad y el círculo que definía la legitimidad de la descendencia. Desde el Derecho Romano se aprecia una desigualdad entre el propietario y el menesteroso: el primero de ellos ocupa una posición privilegiada en la sociedad y por el simple hecho de ejercer el *dominus* desplaza a quienes ostenten derechos precarios, como el poseedor y el tenedor. El dominio se concebía como la relación directa del hombre sobre la cosa y la posesión efectiva del bien hacía presumir la propiedad, es decir, el contacto sobre los bienes era indicativo de dominio. Esta tendencia a *lo material* de la relación, al apego a la tierra, pudo hacer presumir en el imaginario de los legisladores del XIX su convencimiento de que un propietario o un padre de familia eran sujetos más responsables que otros para el ejercicio de la ciudadanía.

Moderadas o no, las instituciones del Derecho Romano influenciaron decididamente la legislación colombiana, basada en el supuesto del predominio de unos seres humanos sobre los demás. Efectivamente, el grupo de las mujeres y los hijos menores de 21 años fueron excluidos del ejercicio de los derechos civiles y políticos al ser considerados incapaces y, como tales, dependientes del *pater familias*. El hombre de mediados del siglo XIX tenía todos los derechos subjetivos desde su nacimiento, pero los derechos políticos para elegir o ser elegido dependían de unas circunstancias extraordinarias que podían darse con la edad, con el requisito de la pertenencia a un núcleo familiar y con el hecho de tener un patrimonio mínimo. Contar con estos requisitos le daba connotaciones de responsabilidad y respetabilidad al sujeto y posibilitaba su participación en la vida pública. Esta situación parece concordar con la opinión de Vermeren respecto

de que "el ciudadano como personaje filosófico deviene un personaje raro, no es ciudadano de por vida, sino que en ciertos momentos se reencuentra en su condición de ciudadano"³.

La condición ciudadana dependió de un elemento indispensable: la calidad masculina del sujeto. Una de las tesis que nos podría ayudar a explicar la concesión de este derecho al hombre, sin consideración a la mujer, es aquella que manifiesta que los legisladores de la mayoría de los países privaron a las mujeres del ejercicio de los derechos políticos por temor a *la mujer cívica* que apareció en la Revolución Francesa, o al temor de que ellas alimentaran con su voto a las fuerzas conservadoras, como consecuencia de su postergación al campo de lo privado y de la Iglesia, temores estos que no invadieron el ánimo de legisladores anglosajones y protestantes, habitantes de países donde reinaba un liberalismo reformista de espíritu cuáquero que hizo que las mujeres pudieran obtener mucho más rápido los poderes políticos locales⁴.

No sabemos si en la América de finales del XVIII la imagen de la enardecida militante francesa haya ocasionado el temor de que se habló anteriormente, pero es un hecho que se contrarió uno de los principios de la ciudadanía moderna al establecer la imagen excluyente de un ciudadano *masculino*, psicológicamente maduro, es decir, mayor de edad, reflexivo e independiente, o en su defecto, padre de familia. Curiosamente, para el legislador del siglo XIX el matrimonio tenía una función aceleradora de la madurez psíquica del individuo, permitiéndole asumir la calidad de ciudadano sin interesar la edad. El vínculo con una familia propia hacía esperar de él la responsabilidad necesaria para ejercer como ciudadano. La maternidad, por el contrario, no otorgaba en la mujer la misma presunción, dado que ella seguía considerándose *allieni juris*.

La explicación por la cual la legislación civil se basaba en desigualdades es la misma por la que creemos que las constituciones del siglo XIX asumieron la identidad privada y no la del individuo social perteneciente a la *civitas*, tal como lo reconoció Marx en 1843. La igualdad jurídica se planteó en términos de desigualdades consideradas *naturales* porque se derivaban del *orden natural* de las cosas, lo cual para las mujeres, los hijos y los desprotegidos implicaba inferioridad

física y debilidad de razonamiento. El argumento es aristotélico y como tal pertenece al derecho natural, movimiento inspirador de la legislación romana y canónica que, como dijimos, fue el insumo de las legislaciones latinas.

En el caso de la Nueva Granada, uno de los elementos diferenciadores fue la propiedad territorial. Para Jaime Jaramillo Uribe⁵, al no existir una clase nobiliaria ni una clase social basada en el status profesional, presionó la adopción del elemento patrimonial para el ejercicio del voto, de tal forma que quienes elegían y eran elegidos eran unos cuantos. La inexistencia de una clase trabajadora organizada y el desprecio por la calidad de empresario o comerciante hicieron que se adoptara el elemento patrimonial y la calidad de propietario para el ejercicio del voto y de los cargos públicos.

Este mismo cuestionamiento, el de la falta de ciudadanía de los dependientes sin propiedad, fue aceptado también para la mujer. La legislación granadina, que como indicamos tuvo un gran influjo del derecho romano -el cual consideraba a la mujer como incapaz y dependiente- determinaba que las propiedades de la mujer pasarían a ser administradas por el padre o el marido. A pesar de que seguía conservando la titularidad de los bienes, no existía ningún acto jurídico de disposición que ella pudiera realizar sin la autorización del esposo o de la persona encargada de su administración, que en defecto de aquel sería el padre o un curador.

Una explicación adicional a la desigualdad política en las relaciones de género es la expuesta por la historiadora Silvia Arrom (1988): a pesar de que la legislación reconocía ciertos niveles de participación a las mujeres, el hecho de no reconocerles su capacidad para administrar bienes se debió a que la sociedad española -la que heredamos y que a su vez fue influenciada por el derecho Justiniano- estaba compuesta por corporaciones (como la nobleza, el clero, los militares, los gremios, los indios) con funciones y privilegios específicos e inclusive con "fueros" y, desde ese punto de vista, la sociedad no era uniforme y sus miembros no eran iguales. Esta "visión corporativa de la sociedad" sirvió para establecer las jerarquías que permitieron el gobierno vertical que provenía del Rey y que estaba representado en niveles inferiores por los varones padres de

familia, con lo cual este sistema permitía el control de arriba hacia abajo y era ideal porque aseguraba la obediencia y el respeto del último vasallo a la autoridad del soberano⁶.

La igualdad en las constituciones neogranadinas

Las constituciones que se proclamaron con posterioridad a la independencia reflejaron las desigualdades del derecho privado que regía en el Estado Monárquico español. Desde ese punto de vista, el ejercicio de la ciudadanía era limitado: se requería el cumplimiento de requisitos tales como el de una edad mínima (21 años) o, en su defecto, estar casado; saber leer y escribir y poseer una renta anual de 150 pesos o por lo menos de 300 pesos en bienes raíces propios. El ejercicio de la ciudadanía era reducido si tenemos en cuenta que la gran mayoría de los habitantes del nuevo Estado eran analfabetas y pobres.

Estas restricciones no parece haber cedido con la reforma Constitucional de 1843. En los cuestionarios entregados por el Consejo de Estado a ilustres personajes y juristas granadinos sobre la conveniencia de reformar o no la Constitución de 1832 respecto de los requisitos para ejercer derechos políticos⁷, se demuestra que sobre la necesidad de instaurar el primer requisito -mayoría de edad o ser casado- no existió mayor discusión entre los consultados. Las respuestas no fueron unánimes respecto de la abolición del requisito de la instrucción mínima, si bien se consideró que el requisito de leer y escribir excluía a la mayoría de los habitantes: "por lo menos las cuatro quintas partes de los ciudadanos", advirtió el Tribunal de Apelación de Antioquia. Predominaron las voces que favorecían al ciudadano ilustrado, ya que se confiaba que este requisito, en vez de retrasar la participación popular, incentivaría el progreso del pueblo y ayudaría a que los padres estimaran más la instrucción de sus hijos.

La mencionada consulta para el establecimiento de los requisitos no tuvo aplicación inmediata debido a que la Constitución de 1843 no creó una reglamentación para el *ejercicio personal* del voto y por el contrario continuó haciendo uso del ejercicio indirecto de la representación popular. Esta

representación indirecta hacía que las decisiones electorales fueran tomadas a través de un grupo de sujetos pertenecientes a la Asamblea Electoral, y no directamente por el ciudadano, los cuales serían, además, los directamente encargados de elegir al presidente, vicepresidente y senadores de la República.

La Constitución de 1853, sancionada por el presidente José María Obando, institucionalizó el sufragio universal masculino e introdujo todas las garantías ciudadanas. No obstante, no tuvo en cuenta la participación política y la capacidad jurídica de la mujer. A pesar de eso, así fuese tácitamente, durante la segunda mitad del siglo XIX se empezó a hablar de igualdad en las constituciones de algunos estados federales tales como Cundinamarca, Antioquía, Mariquita o Cartagena, donde la desigualdad en los derechos de representación que hemos mencionado y la existencia de la esclavitud habían hecho presencia⁸.

Para lograr la participación popular de sus congéneres, los republicanos debieron luchar por el voto directo no representativo, adicionalmente por la abolición de los privilegios de patrimonio y educación. Todo el proyecto educativo de los liberales se hizo con el propósito de enseñar a los ciudadanos a leer y escribir, que era el requisito para la concesión del voto. En vez de omitir la ilustración, quisieron educar al pueblo con la esperanza de volverlo ciudadano. Al percibir los comicios electorales como un incentivo para que los padres se preocuparan más por la educación de sus hijos, los liberales radicales proclamaron que *la ilustración* era "la sangre de la democracia"⁹.

Sin embargo, la estrategia tuvo una gran doliente: la mujer. El hecho de que le fuera asignado permanecer en su lugar *natural* como garantía del plan civilizador trajo como consecuencia que la concesión de la ciudadanía para las mujeres encontrara mayores tropiezos. En efecto, para conceder el voto a las mujeres existieron barreras adicionales que no pudieron, o no quisieron superar los ambiciosos reformadores, pues la tarea implicaba reformas en las instituciones familiares heredadas de Roma y de España, y adicionalmente, un cambio en los roles sexuales, lo que modificaría las instituciones patriarcales y sociales.

La desigualdad en la familia no fue cuestionada y, al contrario, fue defendida como *necesaria* para el cumplimiento de las metas sociales. Uno de los expositores

sobre el asunto de la conveniencia de la desigualdad femenina frente a la masculina fue don Miguel Samper, quien abiertamente divulgó su posición ante escenarios abiertamente liberales, como en la primera sesión solemne de la Escuela Republicana, la noche del 30 de octubre de 1850. Aunque su explicación del programa "socialista" fue coherente con las metas de civilización impuestas al nuevo gobierno liberal del presidente López, al llegar al punto de la participación de la mujer en asuntos políticos se mostró adverso. A su pregunta ¿debe la mujer tener participación directa en el gobierno? respondió enfáticamente que no lo creía. Las razones de esta negativa parecen haber sido las de la inmensa mayoría de su generación:

"Hasta hoy se ha mantenido a la mujer en una condición triste y deplorable; -pero esto no prueba que debemos tocar en el extremo contrario.- Si la mujer nos encanta con su angélica sonrisa, con su celeste mirada y su dulcísimo acento desde la cuna hasta el sepulcro; si nos llena la vida de gratas emociones, de consuelo y felicidad, ya la estrechemos en los brazos diciéndole madre, ya la llenemos de caricias como fruto de nuestro amor, ya la adornemos de hinojos, amándola con espiritualismo y ternura al consagrarle nuestro porvenir; si la mujer es el paraíso del corazón; ella merece la protección especial de la sociedad, un cuidado constante y delicado, y una educación que eleve su alma a la altura de su misión; y haga su inteligencia tan bella como sus ojos"¹⁰

Para el líder liberal estos seres angelicales debían "hacer la revolución con una sonrisa cariñosa" y no por el camino de la razón, porque al fin y al cabo, ellas ya tenían una misión especial: "encaminar al hombre por el sendero de la virtud, dulcificarle sus horas, purificar su alma con el rocío del amor, y suavizar sus instintos y pasiones vehementes"¹¹.

La consecuencia de haber sido consideradas seres "de delicadeza exquisita", perennemente bellas y vírgenes, fue la causa de su enclaustramiento en un paraíso diseñado por los mismos hombres. El hogar doméstico era el reino de este "ángel del consuelo" y salir a la vida pública era, para la mayoría de los hombres, "trastornar el mundo". Para ellas era *el imperio del sentimiento*, allí -y

solo allí-, dominaría "con sus encantos y gracias" a sus rendidos plebeyos domésticos. El imperio del corazón era aquel donde se ejercía "el dulce absolutismo del amor", ante el que caían gustosos, los hombres.

Claramente este *discurso de la domesticidad* de mediados del siglo XIX, que fue promovido y practicado con mucha más fuerza entre familias de los sectores medios y altos¹², fue el que sirvió para independizar, aún más, las esferas de lo público y lo privado. La estrategia consistió en presentar el hogar doméstico como un remanso de paz para el guerrero -hombre político-, y en el cual las mujeres desempeñarían un rol sublime, así fuera aparentemente. Para lograr este propósito se le pedía igualmente a los hombres actuar como adoradores y guerreros dispuestos a defender con su vida el honor de su diosa

"La primera obligación de un esposo, es el respeto debido á una joven que él debe suponer inocente y virtuosa, puesto que ha querido hacer de ella su compañera para toda la vida. El marido incauto que consiente y anima esas burlas atrevidas é insulsas con que se regalan de ordinario los oídos de una recién casada, se expone con esta necia tolerancia á hacerla perder este bello pudor que realza y sostiene todas las virtudes. (...) ¿Cómo puede un hombre de juicio permitir chanzas y bufonadas que saque los colores del rostro de una mujer amada?"¹³

Entre las consideraciones que se tuvieron para evitar la exposición de la mujer a la vida pública estaba su participación en el campo de batalla. Usualmente se hacía referencia a esta posibilidad cuando se trataba el asunto de la emancipación de la mujer y pareciera que hacerlo fuera una exageración premeditada para hacerle doler los oídos al público:

"Hacedle arrastrar los peligros de la guerra, de las proscripciones y de los odios políticos. Teñid con la pólvora de los cartuchos esos labios de púrpura y de rosa, encalleced esas lindas manos con el manejo del sable y el servicio de la artillería; enseñadla a gozarse con la vista de sangre y de cadáveres, corromped su espíritu con la chicana, las intrigas y artillerías del foro y dad a los fríos cálculos

del raciocinio poder bastante en ellas par borrar los nobles impulsos, las espontáneas determinaciones de su exquisita sensibilidad"¹⁴

La exaltación de lo femenino fue entonces una de las herramientas más usadas por los liberales para prevenir la participación ciudadana de las mujeres. El fenómeno del "culto a la verdadera feminidad" o "marianismo", término éste que no hace referencia al culto a la Virgen María en sí, sino a la visión de madre como santa y que es definido por Evelyn Stevens como el culto de la superioridad espiritual femenina¹⁵, exaltó a la mujer colocándola en *el santuario* de lo privado con calificativos ciertamente celestiales, como *los ángeles del hogar, las sacerdotisas del santuario, los seres alados, etc*, e hizo del hogar doméstico el parainfo de las moradas celestes, o aquel lugar donde el marido, protagonista y jefe familiar, pudiera llegar a descansar después de la batalla. El campo de guerra era precisamente el espacio público, un lugar tan competido y despreciable que no era digno habitáculo de las damas.

De igual forma, fue esta exaltación de lo femenino lo que impidió que se diera la *Igualdad* proclamada por los liberales. Es un hecho que la reverencia y el "amor respetuoso" que generó en los hombres la exaltación de las virtudes mujeriles fue un avance para la condición de la mujer en la medida en que les permitió exigir mejor trato, por lo menos en las clases altas. Sin embargo, en vez de conducir a que se dieran procesos sexuales más igualitarios, el marianismo frustró esa posibilidad al enclaustrar a la mujer en lo doméstico e impedirle idear nuevos espacios, entre ellos, la lucha por los derechos cívicos. De esta manera, la imagen de la madre de familia y compañera del esposo fue la más pertinaz competidora de la *mujer cívica*.

En definitiva, la estrategia de los liberales de la exaltación de lo femenino y de hacer del hogar el dominio de la esposa parece haber tenido que ver en primer lugar, con la propuesta aristotélica de dejar a las mujeres al cuidado de lo privado, solo que mientras el filósofo lo justificaba con la inferioridad biológica¹⁶, los liberales -sin dejar de estar de acuerdo con éste-, añadieron la exaltación de lo femenino como argumento para completar las razones por las cuales el espacio público no era propio de las mujeres. En segundo lugar, su argumento parece haberse centrado también en el propósito de lograr la preservación de orden social al

tratar que la aplicación de nuevas políticas como la educación femenina, la participación laboral y la implantación del divorcio no desmoronara la estructura familiar.

La experiencia del voto femenino en la Provincia de Vélez

Un claro ejemplo de los efectos que podría tener este discurso promovido por los liberales es el que observamos en la fracasada experiencia del voto femenino en la provincia de Vélez. Fueron seguramente muy pocas las mujeres que allí hicieron uso del derecho al voto, privilegio totalmente extraordinario en la circunstancia mundial de ese periodo, y otorgado la constitución municipal de esa provincia para las elecciones de 1855. Esta apatía política en el ejercicio de un derecho que solo se instauraría en Francia en 1944 y en Colombia a partir de 1954 después de enconadas luchas feministas, se debió en parte, a que la concesión legislativa no tenía nada que ver con la mentalidad de las gentes de esta época. En efecto, no existe ninguna constancia de que las mujeres hayan luchado por la adquisición de este derecho y su implantación parece deberse más a "acciones de politiquería de la época que al deseo de abrirle posibilidades más igualitarias a la población femenina frente a lo que estaba pasando con los hombres de su misma condición social"¹⁷.

Para los habitantes de la Nueva Granada la participación política de la mujer ponía en peligro el tradicional ejercicio de sus deberes domésticos y en entredicho su tradicional rol en el ámbito privado. Teniendo como bandera esta idea los hombres pronto se encargaron de desestimular la vinculación de la mujer a la actividad pública advirtiéndole que hacer uso de este derecho podría resultarle "peligroso" e inconveniente. Emiro Kastos, cronista liberal, a quien la posibilidad "de que las mujeres pueden elegir y ser elegidas para todas las funciones públicas", le parecía "una contradicción" al orden natural establecido y a la misma naturaleza femenina les recomendaba

"La vida pública no es su elemento. Quédense, pues, en la casa, calmando con sus dulces sonrisas y sus cuidados afectuosos los desengaños y sinsabores que llevamos de la calle: quédense, como

las sacerdotisas en el santuario, manteniendo encendido el fuego celeste de los afectos y formando en medio de los ardores de la vida un oasis fresco y risueño donde repose tranquilo el corazón. Quédense allí; y déjenos a nosotros el placer de hacer presidentes o dictadores, de intrigar en las elecciones, de insultarnos en los congresos, de mentir en los periódicos y de matarnos fraternalmente en nuestras contiendas civiles"¹⁸.

Confiaba el periodista en que la concesión de la Constitución de Vélez no iba a ser aceptada por los "ángeles del hogar", ya que era claro, según él, que "la disposición que hace a las mujeres electores y elegibles, emanaba más bien de un sentimiento de galantería que de un pensamiento político". Además de esto, la sujeción natural de la mujer al hombre haría que esta al momento de votar llevara "a la urna electoral la opinión de su marido, de su padre, de su hermano o de su amante con lo cual se conseguirían más boletas pero no más votos. Estamos seguros de que ellas no harán uso de semejante derecho, y si lo hicieran, nada ganaría la política, aunque si perderían mucho las costumbres"¹⁹.

Fue tal vez este temor la causa principal de que el derecho al voto femenino hubiera quedado registrado en la historia como una extraña curiosidad de una de las constituciones liberales de nuestro territorio, temor que sin duda se reforzó con la sólida imagen de mujer virtuosa. Esta "trampa del lenguaje" que las colocó en "el santuario" les significó su estancamiento político y su participación en la vida pública, exaltar las virtudes femeninas fue un hábil recurso semántico que sirvió para opacar la amenaza de "la mujer cívica" de la que hablamos anteriormente: "ellas tendrán siempre el buen sentido de no cambiar las dulces y tímidas virtudes que forman su encanto, por nuestras pasiones políticas tan intolerantes y odiosas. Las mujeres deben ser mujeres: si se dan a la política, y visten chaleco y calzan botas y pronuncian discursos, se suicidan"²⁰. Y muy seguramente algunas mujeres hicieron eco de esta prevención masculina entre sus congéneres, lo que ayudó a llevar a la derogación de este derecho solo tres años después de haberseles concedido. El silencio y la desigualdad política se prolongaría hasta la segunda mitad del siglo XX.

CONCLUSIÓN

La política liberal de los radicales de mediados del siglo XIX trajo a nuestro país los principios de libertad, igualdad y fraternidad de la Revolución Francesa de 1789. Las constituciones granadinas y todas las que le siguieron han procurado instaurar el principio de igualdad entre nosotros. Lamentablemente, en lo que tiene que ver con la mujer solo hasta mediados el siglo XX y a raíz de la Constitución de 1991 con medidas legislativas como la igualdad entre hombres y mujeres, la protección a la mujer cabeza de familia y a la embarazada, que se fundan precisamente en el reconocimiento de la desigualdad ancestral a que han sido sometidas ²¹, se ha procurado para la mujer la igualdad de derechos civiles y políticos. El texto legal y los discursos políticos han servido a lo largo de los siglos para relegar a la mujer de la participación pública designándole una tarea tan sublime como engañosa: la de ser guardiana de la moral y de lo doméstico.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO DE GÓMEZ, Josefa. Ensayo sobre los deberes de los casados, escrito para los ciudadanos de la Nueva Granada. París: Imprenta Bernard y Ca., 1852
- ARNAUD-DUC, Nicole. Las contradicciones del derecho. En: Historia de las mujeres. Tomo IV. George Dubby y Michael Perrot, compiladores. Madrid: Taurus, 1990.
- ARROM, Silvia Marina. Las mujeres de la ciudad de México. 1790-1857. México: Siglo Veintiuno, 1988.
- BERMÚDEZ Suzy. El bello sexo, la mujer y la familia durante el Olimpo radial. Uniandes, Bogotá, 1993.
- DUEÑAS VARGAS, Giomar. La buena esposa: ideología de la domesticidad. En: Revista en otras palabras No. 6, julio-diciembre de 1999. Grupo mujer y sociedad y programa de estudios de género de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1999.
- HEINZ, Marian. El fundamento metafísico del ordenamiento de los sexos en los ideales del Estado de Platón y Aristóteles. En: Revista en otras palabras No. 06 julio diciembre de 1999. Grupo mujer y sociedad y Programa de estudios de género de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1999.
- KASTOS, Emiro. Artículos escogidos. Biblioteca Banco Popular, 1972.
- MARTÍNEZ GARNICA, Armando. La reforma constitucional de 1843 en la Nueva Granada. Documento inédito.
- JARAMILLO URIBE, Jaime. El pensamiento Colombiano en el siglo XIX. Planeta, Bogotá, 1997.
- Periódico El Neogranadino, 1850.
- VERMEREN, Patrice. El ciudadano como personaje filosófico. En: El Estado y la fuerza. Universidad Industrial de Santander. Facultad de Ciencias Humanas. Bucaramanga, 1999.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Las mujeres Colombianas obtuvieron el derecho al voto mediante el acto legislativo No. 03 del 25 de agosto de 1954 bajo el gobierno del General Rojas Pinilla. En Francia, las mujeres obtuvieron el derecho al sufragio en 1944, diez años antes.
- 2 VERMEREN, Patrice. El ciudadano como personaje filosófico. En: El Estado y la Fuerza. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, Facultad de Ciencias Humanas, 1999, p. 1-24.
- 3 Ibid, p. 14
- 4 ARNAUD-DUC, Nicole. Las contradicciones del derecho. En: Historia de las mujeres tomo IV. George Dubby y Michael Perrot, compiladores. Madrid: Taurus, 1990. y SLEDZIEWSKI, Elizabeth G. Revolución Francesa. El giro.....
- 5 JARAMILLO URIBE, Jaime. El pensamiento colombiano en el siglo XIX. Bogotá: Planeta, 1996.
- 6 ARROM, Silvia Marina. Las mujeres de la ciudad de México. 1790-1857. México: Siglo Veintiuno editores, 1988.
- 7 MARTINEZ GARNICA, Armando. La reforma Constitucional de 1843 en la Nueva Granada. Documento inédito.
- 8 Un ejemplo de ello podemos verlo en la Constitución de Cundinamarca de 1811 la cual manifestaba que " tendrá derecho para elegir y ser elegido todo varón libre, padre o cabeza de familia que viva de sus rentas u ocupación sin pedir limosna ni depender de otro" citado por Jaime Jaramillo Uribe . El pensamiento... p. 161
- 9 Discurso del joven Ramón Gómez en la sesión de la Escuela Republicana, el 30 de octubre de 1850. En Una sesión solemne de la Escuela Republicana de Bogotá. Bogotá: Imprenta del Neogranadino, 1850.
- 10 Ibid, p. 11
- 11 Ibidem
- 12 DUEÑAS VARGAS, Giomar. La buena esposa: ideología de la domesticidad. En: Revista en otras palabras. N° 6, julio-diciembre de 1999. Grupo mujer y sociedad y Programa de estudios de género de la Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 1999.
- 13 ACEVEDO DE GÓMEZ, Josefa. Ensayo sobre los deberes de los casados, escrito para los ciudadanos de la Nueva Granada. París: Imprenta Bernard y Ca., 1852. p 15
- 14 Discurso dado por Nicolás Pereira Gamba en sesión solemne de la Escuela Republica el 7 y 9 de marzo de 1851 y dedicado a la gran mayoría del cuerpo legislativo. Bogotá: Imprenta del Neogranadino por León de Echeverría, 1951, p. 18.
- 15 La teoría de marianismo puede ser vista en ARROM, Silvia Marina. Las mujeres...
- 16 Para más información sobre el fundamento filosófico de la separación de los sexos ver HEINZ, Marian. El fundamento metafísico del ordenamiento de los sexos en los ideales del Estado de Platón y Aristóteles. En: Revista en otras palabras. N° 6, julio-diciembre de 1999. Grupo mujer y sociedad y Programa de estudios de género de la Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 1999.
- 17 BERMÚDEZ Q., Suzy. El bello sexo, la mujer y la familia durante el Olimpo Radical. Bogotá: Uniandes, 1993, p. 123
- 18 KASTOS, Emiro. Artículos escogidos. Bogotá: Biblioteca Banco Popular, 1972, p. 174
- 19 Ibid., p. 172
- 20 Ibidem, p. 174.
- 21 La Corte Constitucional ha reconocido que la discriminación positiva a favor de la mujer, es una tendencia constitucional que busca "remediar situaciones de inferioridad fijadas en estereotipos o prejuicios sociales de reconocida persistencia", y que estas prácticas arraigadas han colocado, por siglos, a la mujer en situaciones oprobiosas, al punto que justo neutralizar las consecuencias de hecho que de ellas se desprenden. Al respecto, ver Sentencias C-1039 de 2003, C-410 de 1994, C-082 de 1999, T-624 de 1995, C-112 de 2000, C-622 de 1997, T-326 de 1995, C-309 de 1996 y C-410 de 1996.

TEORÍA DE LA CULPABILIDAD

LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN

4. LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD
AUTOR: LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN
DIRECCIÓN: pachocasas@hotmail.com
FECHA DE RECEPCIÓN: 31/05/2004

DESCRIPTORES: Derecho penal, culpabilidad, antijuridicidad, delito, legislación penal
RESUMEN: la teoría de la culpabilidad exige hacer referencia a la conciencia de la antijuridicidad como parte del estudio dogmático del delito, pues sólo de ésta manera se podrá entender la génesis de la teoría, así como el tratamiento que la misma hace del error de prohibición, resaltando sus diferentes variantes: la teoría limitada o restringida de la culpabilidad, todo lo cual servirá de marco teórico necesario para presentar algunas conclusiones en torno a la aplicación de aquella en nuestra legislación penal.

KEY WORDS:
ABSTRACT: the theory of the culpability demands to make reference to the conscience of the antijuridicidad as it leaves from the dogmatic study of the crime, because only of this one way the génesis of the theory will be able to be understood, as well as the treatment that the same one does of the prohibition error, standing out his different variants: the theory limited or restricted of the culpability, everything which will serve as theoretical frame necessary to present/display some conclusions around the application of that in our penal legislation.

1. INTRODUCCIÓN:

T ratar de describir la teoría de la culpabilidad exige hacer referencia a la conciencia de la antijuridicidad como parte del estudio dogmático del delito, pues sólo de ésta manera se podrá entender la génesis de la teoría, así como el tratamiento que la misma hace del error de prohibición, resaltando sus diferentes variantes: la teoría limitada o restringida de la culpabilidad, todo lo cual servirá de marco teórico necesario para presentar algunas conclusiones en torno a la aplicación de aquella en nuestra legislación penal.

2. LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD

Indagar por la génesis próxima del moderno concepto de culpabilidad implica efectuar un recorrido histórico por la teoría del delito, desde

aquella que dio a la culpabilidad un contenido psicológico, como en el caso de Von Buri y Von Liszt; pasando por la noción psicológico - normativa de Von Beling, pero en especial de Frank, Hegler, Goldschmidt y Freudenthal; hasta llegar a una concepción normativa como la sostenida por Merkel y Welzel, en donde se advierte que en la culpabilidad debe existir un juicio de reproche, valoración que debe estar sentada sobre la conciencia de obrar antijurídicamente.

El desarrollo que ha tenido el concepto de culpabilidad no puede ser ajeno a nuestra legislación penal, específicamente en cuanto a la interpretación del artículo 12 del estatuto punitivo en el que, de acuerdo al legislador, el principio de culpabilidad exige la conciencia de la antijuridicidad como presupuesto de la conducta delictiva, con lo que adscribe el "código en estas materias a la teoría finalista propugnada por Welzel."¹

En síntesis, la inclinación del concepto de culpabilidad hacia una teoría normativa ha llevado al reconocimiento expreso de la conciencia de la antijuridicidad, entendida esta como la comprensión que debe tener el autor sobre lo reprochable de su conducta, implica ello un juicio de valor que habrá que realizarse en un contexto determinado, es decir, se exige del autor "el conocimiento de la contrariedad del acto con el derecho.... (y que) sepa que esa contrariedad está tipificada penalmente"².

No obstante lo anterior, la conciencia de la antijuridicidad no fue creación exclusiva de las posturas finalistas, puesto que ya los causalistas habían tratado el tópico mediante lo que se denominó la teoría del dolo, concepto que, como forma de la culpabilidad, era el apropiado para indagar por el conocimiento actual en torno a la antijuridicidad (teoría estricta), situación compleja y difícil de probar en la praxis, puesto que se caía en un casuismo exagerado que trató de corregir la teoría limitada del dolo, que exigía un conocimiento potencial de la antijuridicidad, situación que, de todas formas, mantenía su incongruencia si se tiene en cuenta el carácter subjetivo que tiene el dolo frente a lo esencialmente valorativo que implica la conciencia potencial de la antijuridicidad.

La situación anterior trató de ser superada por la teoría estricta de la culpabilidad

que sólo puede ser comprendida en el marco del finalismo, no solo por haber sido Hans Welzel uno de sus pioneros³, sino porque parte de un contenido específico de la culpabilidad, entendida como el juicio de reproche efectuado sobre el actuar de un imputable que tiene conciencia de la antijuridicidad de su proceder, esto es, un concepto en el que se proscriben el dolo y la culpa que ahora se ubican en el tipo penal.

La teoría estricta de la culpabilidad no es asimilable a una visión causalista o neocausalista de la dogmática penal, puesto que la conciencia de la antijuridicidad no es un elemento que encontremos en el dolo, como forma de la culpabilidad, sino un elemento autónomo que hay que ubicar en el estadio de la culpabilidad, desprovista de su carga subjetiva y caracterizada por su contenido normativo.

En efecto, debemos recordar que el finalismo, a diferencia de las tesis causalistas, ubica el dolo en el tipo penal (tipo subjetivo) y no en la culpabilidad, todo ello como consecuencia directa del concepto de acción final, entendido como actuar teleológico dotado, por ende, de subjetividad. Por supuesto, no se trata de un "traslado" caprichoso del dolo y la culpa, se trata de una ubicación "natural", es decir, la acción humana es subjetiva por antonomasia y esa caracterización da contenido al tipo penal que la recoge normativamente.

Ahora bien, si el dolo lo encontramos en el tipo y no en la culpabilidad, la conciencia de la antijuridicidad, como elemento necesario para imputar responsabilidad penal, supera el problema de la actualidad del conocimiento, tema central de la teoría del dolo, puesto que siempre exigirá un conocimiento potencial, dado que el rasero utilizado no es la voluntad, sino lo axiológico, esencial en lo normativo.

Con razón, expone Reinhart Mourach y Heinz Zipf: "la ubicación de la conciencia de la ilicitud no está en el dolo, sino en el juicio de reproche, la culpabilidad; pero como esta misma es solo una valoración y no un hecho psicológico, tampoco prueba que la conciencia de la ilicitud sea exigida en una forma actual, más bien con la posibilidad de la conciencia de la ilicitud, con la potencial conciencia de la antijuridicidad, a fin de poder hacer responsable también por dolo al que actúa dolosamente."⁴

3. EL TRATAMIENTO DEL ERROR EN LA TEORÍA ESTRICTA DE LA CULPABILIDAD

Antes de entrar a trabajar la manera como la teoría estricta de la culpabilidad examina y resuelve el tema del error de prohibición, debe recordarse cómo éste suele clasificarse en dos grupos: error de prohibición directo e indirecto.

El error directo se da cuando "el autor no conoce, en cuanto tal, la norma prohibitiva referida directamente al hecho y toma por ilícita la acción; ello puede suceder si se presentan una de las siguientes tres situaciones:.... Cuando el agente no conoce la norma prohibitiva,...que el autor conozca la norma prohibitiva, pero la considere no vigente,...que el autor interprete equivocadamente la norma y la reputa no aplicable".⁵

El error indirecto se presenta cuando "el agente se equivoque acerca de la existencia de una justificante, ...yerre sobre los límites de una justificante...(o el error sobre la concurrencia de las circunstancias que de darse justificarían el hecho"⁶

Hecha la anterior precisión, y teniendo presente que para la teoría estricta de la culpabilidad la conciencia de la antijuridicidad es potencial, es indudable que el error que se presenta sobre tal comprensión, denominado con razón error de prohibición, de resultar invencible, conllevará a la ausencia de responsabilidad, puesto que el calificativo de invencible es una valoración que se hace de la comprensión de lo jurídico o antijurídico de la conducta.

En otros términos, para la teoría en comento, el tratamiento que se da a todos los errores de prohibición, sean éstos directos o indirectos, generan la misma conclusión: el proceder es doloso, puesto que tal elemento es del tipo penal, aspecto ya analizado cuando se acomete el estudio de la culpabilidad. Si es invencible, no hay conciencia de antijuridicidad y como éste es elemento esencial de la culpabilidad, se infiere que ésta no existe y, por ende, no hay lugar a predicar la existencia del delito. Por el contrario, si el error es invencible se predica la conciencia de la antijuridicidad, pues, siendo ésta potencial, un mínimo de atención, un actuar equivalente a un ciudadano medio hubiere sido suficiente para haber

salido de él y, por ende, el actuar será culpable, debiéndose responder a título de dolo, por las mismas razones anteriores, esto es, por ser éste un elemento ya analizado y presente en el tipo penal.

Con todo, desde el punto de vista de la política criminal no resultaba justo que una persona que hubiere actuado con error vencible terminara sancionada de la misma forma a una persona que había obrado con plena conciencia de su actuar antijurídico, razón por la que el mismo Welzel aconsejaba reducir la punibilidad en el caso de error de prohibición vencible. Por supuesto, dejar al intérprete y al juez para que en cada caso "redujese" la punibilidad era un criterio pragmático, que bien puede encontrar asidero en el principio de necesidad de pena.

Sin duda alguna, la teoría estricta de la culpabilidad significó un notorio avance en la comprensión de la conciencia de la antijuridicidad y en el tratamiento dado al error de prohibición, sin embargo, generaba ciertas inconsistencias como las derivadas del error de prohibición indirecto, más exactamente respecto del error sobre alguna circunstancia fáctica que de haber existido hubiere generado la presencia de una causal excluyente de antijuridicidad (piénsese por ejemplo en la defensa putativa), puesto que en tales casos el error que tiene el agente no es sobre lo normativo per se, él sabe que matar, para seguir con el ejemplo sugerido, es delictuoso, es antijurídico. También sabe que la legítima defensa excluye la responsabilidad penal, no interpreta equivocadamente la causal, la conoce en toda su dimensión, el error versa es sobre un aspecto fáctico, lo que se da es una divergencia entre lo que se cree y lo que es en el mundo ontológico, no en el terreno deóntico del derecho; luego si el error nada tiene que ver con los alcances jurídicos, ¿porque tratar éste específico error como cualquier error de prohibición?, Tal y como lo advirtiere ROXIN, el problema radica en una equiparación indebida: "Quien actúa en error de prohibición posee una falsa concepción del derecho y lo injusto que sólo puede eximir de la pena completa del delito doloso en la medida en que sea disculpable. Se iguala una diferencia cualitativa elemental cuando se ubica en la misma categoría jurídica el error sobre el supuesto de hecho de quien motivado por representaciones valorativas jurídicas correctas".⁷

La dificultad advertida anteriormente ha llevado a cierto revisionismo de la teoría de la culpabilidad y al desarrollo de la denominada teoría limitada de la misma, para la cual el error que versa sobre circunstancias que, de existir, excluirían la antijuridicidad debe ser tratado como un error de tipo (error de tipo permisivo), esto es, razón por la que si el error es invencible exonera de responsabilidad, pero si es vencible entonces lo que se produce es una responsabilidad a título de culpa, si está prevista tal modalidad por el sistema normativo.

Los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad han querido, sin embargo, contraargumentar a los doctrinantes que propugnan por la teoría limitada de la culpabilidad acudiendo a una razón práctica: la solución que se le da a los llamados errores de tipo permisivo conllevarían a impunidad en aquellos casos en los que no está prevista la conducta culposa y, no obstante, se advierte que el error sobre las circunstancias fácticas de una causal de justificación, si bien existió, era un error vencible. Desde luego, la observación anterior ha sido rechazada por teóricos como ROXIN quien al respecto asegura que la misma razón que el legislador esboza para no penar comportamientos culposos, es idéntica para dejar impune éste tipo de error.⁸

4. LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE 2.000.

Tal y como lo hemos expresado, el Código Penal Colombiano consagra en su artículo 12 el principio de culpabilidad, el que debe ser interpretado armónicamente con el artículo 9, que define la conducta punible, y con el artículo primero que consagra el principio de la dignidad humana, esto último por cuanto, el principio de culpabilidad impide la instrumentalización del hombre.⁹ Así mismo, la culpabilidad contiene, como ya se dijo, la conciencia de la antijuridicidad, la que debe ser entendida en forma potencial, pues no de otra forma puede comprenderse el segundo inciso del numeral 11 del artículo 32 del Estatuto Penal.

Por supuesto, lo hasta aquí expresado coincide con los lineamientos generales de la teoría de la culpabilidad en sus versiones estricta y limitada. Sin embargo, cuando reparamos en los numerales 10 y 11 del ya citado artículo 32, se colige

que nuestro legislador se ha inclinado por un teoría limitada de la culpabilidad y no por la estricta, conclusión que se tiene si se repara en la forma como el error de tipo permisivo, o lo que es lo mismo, el error sobre "los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad"¹⁰ tiene el mismo tratamiento de los errores de tipo, esto es, que si el error es invencible excluye la responsabilidad penal, pero si es vencible, "la conducta será punible cuando la ley la hubiere prevista como culposa".¹¹ Por su parte, los errores de prohibición, que por supuesto no incluirían los errores de tipo permisivo, están reconocidos como causal excluyente de responsabilidad en el numeral 11 del mencionado artículo 32, siempre y cuando, el error sea invencible, pues de lo contrario "la pena se rebajará en la mitad."¹²

Como puede apreciarse, hay una coincidencia en el tratamiento que ha hecho el legislador colombiano del error de prohibición con los lineamientos generales de la teoría limitada de la culpabilidad, lo que no quiere significar que el error sobre los presupuestos fácticos sea en esencia un error de tipo, sino que se le trata como tal por política criminal, sin que deje de ser error de prohibición, pues al fin y al cabo el sujeto conoce que está ejecutando una acción típica.

De ésta manera es claro que si el error sobre los presupuestos fácticos de una causal de justificación es, de todas formas, un error de prohibición, sólo que por política criminal se le trata como error de tipo, es obvio que de presentarse aquel se estaría ante una causal excluyente de la culpabilidad y no una causal de atipicidad, circunstancia que no es de poca monta, aun cuando por las dos vías se llega a la no responsabilidad penal. En efecto, de adoptarse nuestra tesis se tendría que ante un error sobre los ya citados presupuestos objetivos no se excluiría de responsabilidad civil y se permitiría la comunicabilidad de circunstancias, aspectos que no podrían predicarse de aceptarse que se trata de una causal de atipicidad.

BIBLIOGRAFÍA

CÓDIGO PENAL

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso No 189. Agosto 6 de 1998. Exposición de motivos al proyecto de ley "por el cual se expide el Código Penal".

JAKOBS, Gunther. Estudios de derecho penal. UAM Ediciones, Editorial Civitas. Madrid. 1.997.

MOURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Derecho Penal parte general. Tomo I, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires. 1994

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas. S.A. Madrid, 1.997.

VELAZQUEZ Velásquez, Fernando. Manual de Derecho penal. Parte General. Editorial Temis. Bogotá. 2001.

ZAFFARONNI, Eugenio Raúl. Derecho Penal parte general. Sociedad Anónima editora, comercial, industrial y financiera. Buenos Aires. 2000.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Gaceta del Congreso No 189. Agosto 6 de 1998. Exposición de motivos al proyecto de ley "por el cual se expide el Código Penal".
- 2 ZAFFARONNI, Eugenio Raúl. Derecho Penal parte general. Sociedad Anónima editora, comercial, industrial y financiera. Buenos Aires. 2000. Pág 651.
- 3 También podríamos citar como tales a Schmidt, Hartung, Heitzer, Bockelmann y Warda.
- 4 MOURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Derecho Penal parte general. Tomo I, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires. 1994. Pág 643.
- 5 VELAZQUEZ Velásquez, Fernando. Manual de Derecho penal. Parte General. Editorial Temis. Bogotá. 2001. Página 402.
- 6 Ibidem. Página 402-403.
- 7 ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas. S.A. Madrid, 1.997, página 584.
- 8 Cfr. Ibidem. Página 585.
- 9 JAKOBS, Gunther. Estudios de derecho penal. UAM Ediciones, Editorial Civitas. Madrid. 1.997. Página 365.
- 10 Código Penal, artículo 32 No 10.
- 11 Ibidem.
- 12 Ibidem No 11.

REFORMA AL PROCESO PENAL

DEL RITO DE LA ESCRITURA AL RITO DE LA ORALIDAD

EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

JAIME ENRIQUE PUENTES TORRADO

REFORMA AL PROCESO PENAL DEL RITO DE LA ESCRITURA AL RITO DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

JAIME ENRIQUE PUENTES TORRADO

5. REFORMA AL PROCESO PENAL. DEL RITO DE LA ESCRITURA AL RITO DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO
AUTOR: JAIME ENRIQUE PUENTES TORRADO
DIRECCIÓN: Facultad de Derecho UNAB
FECHA DE RECEPCIÓN: 15/05/2004
DESCRIPTORES:

RESUMEN: Este breve recuento del proceso oral busca principalmente abrir espacios académicos de formación, hacia el nuevo reto de cambiar nuestras costumbres jurídicas y a permitirnos la experiencia dentro de una nueva contextualidad social

KEY WORDS: penal law, culpability, antijuridicidad, crime, penal legislation

ABSTRACT: This brief count of the oral process mainly looks for to open academic spaces of formation, towards the new challenge to change our legal customs and to allow the experience us within a new social contextualidad

Es sin duda uno de los más recurrentes temas en el ámbito jurídico, la transición a que se ve abocado el sistema penal colombiano con la reforma constitucional que lleva al mismo a la construcción de un nuevo paradigma en el llamado juicio oral.

Necesariamente, como todo cambio, el juicio oral representa un estado de crisis para el derecho penal, no solo desde la percepción puramente ritual, sino frente a sus contenidos sustanciales, los cuales rompen la forma positiva normativista vigente por años en nuestro medio, para abordar una construcción argumentativa compleja, capaz de impactar y afectar desde su validez, los resultados de una actuación penal.

La audiencia pública oral, el juzgamiento en la misma, la actitud y aptitud de los sujetos procesales, nos llevan a un nuevo imaginario acerca de los que es el derecho en nuestro medio. La ritualidad de la

sala de audiencia, el poder del Juez en la misma, la función exclusivamente acusadora del fiscal y el interés de las demás partes, hacen de este escenario, el lugar adecuado para fincar el punto de partida del análisis. Nos encontramos ante un proceso penal eminentemente adversarial.

El derecho había tocado fondo en el formalismo, cuando olvido la esencia de su propia existencia y se convirtió lastimeramente en un instrumento técnico de control social, y no es que se niegue que ostenta tal característica, pero no puede quedar reducido a ella. Ser abogado, era una pretensión de cualquiera que no tuviera un claro norte disciplinar, el derecho no poseía un paradigma propio que lo identificara en el contexto social. La audiencia Pública y el Juicio Oral, bajo las condiciones que nos ofrece la reforma a la justicia, nos llevan indefectiblemente a que no todos los seres humanos poseen la actitud ni la aptitud, contruidos en su proceso de formación inicial, para llegar a ser abogados, pues el nuevo requerimiento está referido a la capacidad de deconstruir el contexto observado y construir una argumentación jurídica capaz de articular la evidencia y mostrar su propia verdad, con capacidad de convencimiento a un Juez que por primera vez se entera de los hechos y las evidencias, precisamente en ese escenario. No hay duda que la oralidad, es el principal elemento de la nueva concepción del juicio, allí se va a crear y recrear un espacio donde los intervinientes deben implementar instrumentos de interpretación de sus adversarios, de su texto y de su contexto. Necesariamente desde un postulado de validez lógico.

Es una interesante experiencia, observar el estudio del derecho penal, sin elementos de argumentación oral pero proyectada a un "juicio oral", acaso se puede pensar que se trata de un fenómeno que se producirá por generación espontánea o que va incluido en el mapa genético del abogado; estos interrogantes no los solucionará la historia cuando cuente las experiencias en este novedoso espacio ritual.

Es importante establecer algunos elementos de la construcción del nuevo paradigma de la oralidad, antes de intentar adentrarme en aspectos técnicos de la prueba y la dinámica de la misma audiencia. Lo primero que hay que determinar como un hecho, es que la actuación desde la misma preparación

y enunciación de la Teoría del Caso llevan implícita la oralidad como fundamento de instrumentación en el plano comunicativo.

Desde la construcción y formulación de la Teoría del Caso, la presentación por las partes de los alegatos de apertura, la práctica de interrogatorios y conainterrogatorios en la audiencia y el planteamiento de los alegatos de conclusión, hasta la misma sentencia que profiere el Juez, existe una mediación de la oralidad con lenguaje verbalizado y simbólico, es decir, la lectura interpretativa de los argumentos no se queda en lo meramente dicho, sino que involucra elementos del lenguaje no verbal, que vienen a ser determinantes en el esquema conclusivo, por ello, es importante detenernos en algunos conceptos básicos de orden semiótico.

Las diversas manifestaciones acerca de la lengua en uso, el arte en su diversidad de expresiones, los ritos y la simbología mítica, entre otros sistemas constitutivos de la red simbólica cultural, han transformado la existencia del hombre y le han dado nuevas dimensiones a su realidad. No se puede comprender, conocer u observar el mundo de otra forma que no sea por la mediación de un aparato simbólico, hecho evidente que establece que no existe relación directa e inmediata con el mundo o con los otros, sino es por la realidad representada en signos, hallándose allí la capacidad del ser humano para significar. El juicio oral es un espacio de significaciones culturales muy amplias, que deben ser leídas por los actores de la audiencia, para desde allí construir una argumentación frente al debate, ello crea la necesidad de una nueva interpretación acerca del proceso, sus actores y su contenido.

En el juicio acusatorio, nos despojamos de un fiscal impregnado de una bondad divina y capaz de observar lo bueno y lo malo, sin crear prejuicios acerca de lo investigado y de lo interpretado; fiscal que sufría una particular metamorfosis al quedar ejecutoriada la acusación, abandonando su trono de divinidad y de justicia y convirtiéndose perversamente en un interesado en el resultado procesal, su pretensión será la condena, no de otra manera se entiende en sentido de haber acusado. No suena muy coherente, un fiscal que acusa, pero que en la audiencia pide la absolución. Recordemos el sonado caso de sor Leticia la monja asesina de su compañera de convento, donde el fiscal acusa y

luego, incluso sin que haya variado favorablemente la prueba, se suma a la defensa.

En el juicio oral, el fiscal acusará ante el Juez cuando realmente tenga evidencia suficiente y sería como para soportar un debate público, ese concepto de la Fiscalía de la llamada "prueba mínima" tendrá que ser recogida como sustento de la acusación. El Fiscal ya no puede ser un actor pasivo del proceso, como aquel del pasado que esperaba impávido en su escritorio que la prueba acudiera hasta él, aquel investigador, que de investigación no tenía la más remota idea, que le bastaba mirar los folios de los expedientes y citar a todo que apareciera mencionado con o sin relación con el caso. Este fiscal, debe ahora si, construir una metodología clara y precisa frente al objetivo que pretende y debe establecer igualmente cual es su hoja de ruta, pues debe construir una argumentación lógica de acusación para sustentar en la audiencia del juicio. Pensemos que el fiscal en la reforma, ya no investiga, en el sentido de ser aductor de la prueba, sino que debe interpretar la evidencia recogida por los investigadores para establecer si tiene un caso, y si esos presupuestos materiales permiten construir una teoría para ese caso con capacidad persuasiva ante un Juez.

La misma situación sería predicable del defensor, quien debe desaprender el lenguaje de la prueba como sustento de su argumentación y empezar a construir un plano de significaciones en torno a la evidencia y su posibilidad de análisis en el juicio. Resulta trascendente como la prueba testimonial, ya no puede enfocarse bajo el entendido de una mera prueba histórica de carácter extrínseco, sino que se perfila bajo el análisis psicológico del testigo como sujeto interviniente y observador cuya verdad, alimentada por su contextualidad, debe ser develada en el juicio, bajo técnicas muy rigurosas propias del lenguaje psicológico - interrogatorio y contrainterrogatorio -.

Entonces el defensor, como las demás partes, deben acudir al juicio con una teoría del caso diseñada bajo una instrumentación Fáctica + jurídica + probatoria, desde la cual construyen un plano conjetural capaz de confrontar una verdad, siempre con la capacidad de retroalimentar un proceso de argumentación probatoria frente a su preciso interés procesal.

Toda la carga de la otrora prueba en la instrucción se traslada como mera evidencia al juicio y concretamente a ese espacio marcadamente ritual de la audiencia oral, con una notoria prevalencia de la deconstrucción técnica frente a lo que allí se ha de transformar en elementos verdaderamente probatorios. La certeza esta allí y es desde este lugar donde la responsabilidad penal habrá de determinarse, sin dilaciones frente a decisiones, que si bien formalmente estaban ubicadas en el rango de interlocución y un muy dudoso garantismo, no eran otra cosa que un mero trámite ritual inoficioso, sin las demoras porque a la oficina del fiscal no llegaban los informes, las pruebas, los testigos etc. Todo este viejo esquema se dinamiza con una justicia centrada en un rito, en un plano de significación simbólica que ubica al Juez en el lugar que le corresponde, es decir, como administrador de justicia en la tierra, sin temer a su discrecionalidad, a su arbitrariedad, a su venalidad, pensemos que de todas formas este nuevo imaginario, plantea una justicia de humanos para humanos, dejando de lado ese cursilismo romántico de la neutralidad del juez como garantía de seguridad jurídica y de una verdadera justicia. La justicia es en esencia arbitraria, se debe y obedece a unos especiales intereses; pretenderla llevar a un campo más sagrado que la propia divinidad es un absurdo. Acaso las decisiones divinas tienen apelación, acaso no existe mas arbitrariedad y más desafuero que en las decisiones que le atribuyen los hombres a sus dioses, entonces porque tememos a la arbitrariedad de los hombres si precisamente esa es su esencia. "Dar a cada quien lo que corresponde" no es otra cosa que la significación simbólica de un juego intrínseco de intereses sociales y de relaciones de poder en un plano de significación histórico muy concreto.

Acerca de la necesidad de decisiones judiciales rápidas y que definitivamente pongan fin a un litigio, debemos afirmar, que el proyecto de reforma de justicia para América Latina, prevé, y así lo plantea la reforma que se adelanta en Chile, la eliminación de la figura de la segunda instancia como garantía procesal, y esto tiene su razón de ser, precisamente en el principio de inmediación en el juicio oral, el Juez que decide en la audiencia, es el mismo que valora la prueba de forma inmediata, sin formalidades precedentes, luego no existiría explicación válida, para que un juez superior, que no estuvo presente en ese proceso de aducción probatoria, posteriormente valore la prueba y confirme o revoque una decisión del juez de audiencia. Sin embargo no es fácil, en un

Estado de derecho, que juega en lo teórico al garantismo infinito, entender semejante cambio, con el único contra argumento de la celeridad en la administración de justicia.

Incluso, parte de la reforma es muy coherente con el cambio, se ha señalado que el Fiscal General de la Nación debe ser designado directamente por el Presidente de la República, lo cual es lógico pues el fiscal representa directamente al Estado como ente acusador y dejaría de ser un operador de justicia, como lo era hasta ahora, por lo menos formalmente. Además pensemos que abandonamos el concepto de sujetos procesales para adoptar el de "partes" lo cual implica un interés abierto y claro en la actuación judicial. Recordemos el concepto de juicio oral adversarial.

Otro aspecto que implica un profundo cambio en orden de las significaciones procesales, es la facultad de negociación con que debe el Fiscal, a efectos de manejar aspectos relacionados con la política criminal del Estado, interpretar y aplicar el llamado principio de oportunidad, que tanto malestar ha creado en un sector de la academia, precisamente por el carácter eminentemente político del Fiscal. Dicho principio facultaría al Fiscal para determinar, de acuerdo a las reglas de política criminal, a quien es conveniente acusar y a quien no lo es, bajo el entendido, que existen circunstancias como en el crimen organizado, donde sería para la sociedad y el Estado, más eficaz llevar a juicio a un jefe de la organización criminal que a un simple miembro operativo de la misma. Esta valoración corresponde al Fiscal y es él quien debe tomar finalmente la determinación de si es oportuno o no acusar. Resulta necesario precisar que en Colombia este principio de oportunidad no es absoluto, sino que el proyecto lo adopta como reglado normativamente, esto indudablemente tranquiliza el espíritu de los más desconfiados.

El cambio fundamental en el juicio oral en lo relacionado con las etapas procesales esta ubicado en una etapa previa de investigación donde esencialmente se descubre y se preserva la evidencia, aquí no hay proceso aún, y el Juicio donde se judicializa la evidencia y se construye desde la oralidad el proceso penal. En estas dos fases es clara la responsabilidad y la división de funciones entre el Investigador, el Fiscal, el Juez del Juicio y Abogado Defensor.

El funcionario Investigador tiene principal función en el proceso penal descubrir la evidencia del delito, ya sea física, testimonial o documental, debe establecer todos los mecanismos materiales y formales para la preservación de dicha evidencia, y junto con el Fiscal debe preparar la evidencia para ser llevada al juicio. Una nota muy interesante en la funciones del investigador es que puede ser testigo en el juicio.

El Fiscal debe buscar la verdad acerca de los hechos que fueron puestos en su conocimiento; es representante del Gobierno en las causas penales, se constituye en el principal asesor legal del investigador durante la etapa de investigación, es quien decide, fundado en la evidencia, acusar o no acusar. Esta última decisión de acusar o abstenerse de hacerlo debe estar basada primero, como ya se mencionó, en la evaluación del contenido demostrativo y de certeza de la evidencia y en segundo lugar, en la evaluación de la gravedad e importancia social del delito y sus efectos, así como del autor del mismo. Es función del Fiscal, junto con el funcionario investigador, preparar la evidencia y los testigos para el juicio, además es quien presenta la evidencia y los testigos en el juicio ante el Juez y en la audiencia de sentencia, ante el Juez del Juicio y pide a este último Juez la imposición de una concreta sentencia.

El abogado defensor, en el juicio oral, defiende los derechos de su cliente, quizá esta no sea una modificación frente a los deberes que hoy afronta. El defensor presenta evidencia y sus testigos ante el Juez para demostrar que no existe causa probable o que no se justifica la detención del acusado. En esta parte procesal, después de producirse la acusación y antes del juicio, debe efectuar una evaluación de la evidencia que existe en ese momento contra el acusado y solicitar al Juez del Juicio que no acepte ciertas evidencias en el juicio y debe a su vez prepararse para su intervención argumentativa.

El papel del defensor es importante en lo tocante a aspectos no tan formales como es el consejo que pueda dar al acusado de declararse culpable o no culpable; debe instrumentar la técnica de contra - interrogatorio al testigo en el juicio y debe tener planificada su intervención en el juicio frente a la evidencia y los testigos que va a llevar allí como de los que sustentan la acusación del Fiscal. Es una facultad de la defensa permitir o no que el acusado declare en el

juicio, de lo cual es importante resaltar, que si declara lo hará como testigo bajo la gravedad del juramento.

Al igual que su contraparte, el Defensor debe construir la teoría del caso y elaborar una conjetura argumentativa que involucre lo fáctico, lo jurídico y lo probatorio. No obstante, la actividad del defensor debe ser intensa en la negociación con el Fiscal pero se reduce una vez éste decide acusar, pues es al Fiscal quien en últimas debe probar en el Juicio la responsabilidad penal que plantea.

Nótese que hemos hablado de dos Jueces, el Juez magistrado y el Juez del Juicio, lo cual es desconocido desde el actual sistema ritual, pues bien, el denominado Juez magistrado tiene bajo su responsabilidad obrar con imparcialidad, como juzgador de la ley y la evidencia, este Juez es quien autoriza algunos medios de investigación por petición del fiscal, autoriza además la acusación directa, a pedido o solicitud del señor Fiscal, ello cuando, en reserva, determina que la evidencia arrojada por la fiscalía indica causa probable de la ocurrencia de una conducta punible y que el acusado es efectivamente el autor. En esta fase de acusación directa es quien está facultado legalmente para autorizar la aprehensión del acusado. Es importante aclarar que en este momento estas figuras bajo estas denominaciones aún no han sido aprobadas en el proyecto, pues allí hablamos de Juez de garantías con otras facultades de orden constitucional.

Además el Juez Magistrado, en tratándose de acusación directa, o acusación por el "gran jurado" (sistema norteamericano), celebra una audiencia inmediatamente después de producirse la aprehensión del acusado, en donde notifica al acusado de los cargos existentes en su contra y le garantiza su derecho a una defensa técnica, siendo del caso, si no nombra un defensor, le designa un defensor público para que actúe oficiosamente.

El Juez del Juicio, por su parte, tiene su principal responsabilidad como juzgador en el obrar con imparcialidad frente al Fiscal y al acusado.

Repensemos el proceso penal a manera de corolario, partimos de una

actividad previa o preliminar que fundamentalmente está bajo la dirección de un investigador que recolecta evidencia. En este momento lo realmente importante, es que se mantenga cierto rigor en los protocolos metodológicos frente a la evidencia, por ejemplo, el investigador de envalar correctamente la evidencia, debe marcarla y lo primordial debe garantizar que no se contamine, ya sea por indebida manipulación o porque se rompa la cadena de custodia. Del manejo que se de inicialmente a la evidencia va a depender, casi en su totalidad, la posibilidad de que finalmente se convierta en una prueba eficaz como elemento material demostrativo. En el proyecto de reforma, la defensa está facultada para recolectar evidencia bajo ciertos presupuestos de orden técnico que permiten registrar su validez, a esta parte se le exige igualmente que en dicho proceso, que es muy complejo desde lo normativo, guarde los mismos principios de incolumidad para que esa evidencia no termine contaminada.

Recolectada la evidencia y hecho el informe por el investigador, este se lo entrega al Fiscal, quien debe valorar esa evidencia y determinar si con ella es posible construir un caso para ser llevado ante un Juez. El fiscal tiene dos caminos, acusar con la evidencia existente o archivar el asunto. Sin embargo también podría dirigir al investigador para que mejore la evidencia.

Si el Fiscal estima que tiene un caso, se abre la posibilidad de negociar con el imputado. Esta negociación, esta referida a la aceptación o no de responsabilidad penal, se puede negociar cualquier aspecto de la teoría del caso, siempre que no se contravenga el orden jurídico y se garanticen los derechos fundamentales del inculpado.

En el modelo continental Europeo la negociación está basada en el principio de oportunidad reglamentado y bajo un control automático del Juez, que es el modelo que más se aproxima al proyecto, puesto que, en el modelo Anglosajón la negociación tiene un carácter más político, más de conveniencia y es abierto, sin límites de orden reglamentario o normativo.

La negociación se construye, desde la interpretación de cualquiera de las partes del proceso, bajo dos presupuestos que son la práctica legal y la ética

profesional. En este proceso de negociación entra en conflicto, desde nuestros paradigmas dogmáticos, el principio de legalidad con el principio de oportunidad, quizá este encuentro es el que requiera una mayor disposición al cambio por parte de nuestra concepción jurídica.

En conclusión al acuerdo a que pueda llegarse por el Fiscal y el Defensor en la negociación fundamentalmente lo que implica es la renuncia del procesado al derecho de ser llevado a un juicio. Recordemos que la negociación se justifica en el juicio oral, porque precisamente, en el juicio nada esta ganado para ninguna de las partes.

Otro aspecto relevante en la actuación, es el alegato de apertura, el cual parte, tanto para defensor como para el Fiscal, de la construcción de la teoría del caso, recordemos que dicha teoría esta fundamentada en tres ordenes concretos: fáctico + jurídico + probatorio. El alegato de apertura se inicia con la formulación de la teoría del caso, seguidamente con el relato de los hechos, este relato debe estar referido a las personas más no al problema, debe recrearse de manera simple y lógica; finalmente se expone el tema jurídico de forma sintética y breve sin entrar en contradicción con otras teorías y anunciando cuales son las pruebas en que se va a fundamentar la teoría del caso en el juicio.

Como propósito de la formulación del alegato de apertura, podríamos señalar, que pretende crear una relación con el juzgador, abre un canal de comunicación bajo un mismo lenguaje, un ambiente de confianza y busca el inicio de la persuasión al juez, lo cual finalmente es el objetivo específico de la parte.

Existe alguna estrategia que es importante traer a la exposición, y es la aplicación del principio de la primacía y recienencia, es decir, lo primero que escucho lo recuerdo mejor y las últimas frases tienen mayor influencia. Evidentemente la parte nunca debe renunciar a su estilo personal, en el cual lo realmente importante es que no prometa algo que no pueda cumplir en el juicio y no exagerar en los hechos y / las pruebas. En el alegato de apertura no debe argumentarse sobre los hechos, ni sobre la evidencia, esto debe dejarse para el alegato de conclusión. Si bien, por ejemplo, Fiscal y el defensor, se hallan

frente a los mismos hechos, cada uno construye su relato de acuerdo a su interés procesal.

Se dijo que en el juicio la oralidad es elemento de comunicación exclusivo entre las partes y el Juez, por lo cual, debemos detenernos un instante en el análisis de la técnica del interrogatorio y contrainterrogatorio, con la salvedad que no se pretende agotar el tema, sino meramente enunciarlo.

El interrogatorio es el vehículo a través del cual la prueba es presentada en el juicio, por ello es importante que el testigo este preparado por la parte para que su intervención sea concreta y eficaz, lo que se plasma en la credibilidad del testigo. Lo fundamental en el testimonio es la credibilidad y se debe presentar con sentido común, cuanto más detalles da el testigo mas credibilidad tiene su testimonio. El testimonio debe ser coherente con las demás piezas de evidencia que esa parte lleva al juicio.

De la naturaleza del testigo, podemos señalar que lo primero que toma importancia es quién es el testigo, por ello lo primero que se analiza es su credibilidad. Se pregunta acerca de sus relaciones personales, familiares y sociales, su capacidad para rendir testimonio y su comportamiento en el interrogatorio.

Podemos entonces decir que las etapas del interrogatorio serían:

Acreditación, donde existe la posibilidad de indagar sobre la historia personal del testigo.

Introducción: donde opera una reconstrucción de los hechos, se interroga acerca de los elementos circunstanciales del hecho.

Idoneidad: se interroga sobre la capacidad que tiene el testigo para rendir un testimonio cualificado, en el caso de los peritajes.

Es importante resaltar que en el interrogatorio no ataco al testigo, ya que las preguntas deben ser sencillas, directas y al punto. Además es importante que la partes que interroga escuche la respuesta del testigo. Tampoco es recomendable leer el interrogatorio.

En la prueba testimonial algo que no debe sorprendernos, es que la parte puede preparar al testigo para que diga la verdad, pero además debe prepararlo psicológicamente para lo que se va a enfrentar en la audiencia, este testigo se va a encontrar con una situación extraña y en ocasiones hostil a la cual debe acudir preparado. Por ejemplo, la preparación del testigo guarda relación con el hecho de que tenga conocimiento de los informes oficiales, que conozca las declaraciones de los demás testigos, se le presentan las preguntas que van a ser formuladas, se le anticipe el conainterrogatorio. En el interrogatorio es un consejo de estilo, siempre finalizarlo con una pregunta importante para el caso y relevante para la parte. Además es primordial que el abogado no pierda la cordura y la tranquilidad en el desarrollo del interrogatorio pues esto indudablemente desestabiliza al testigo.

El testigo puede haber rendido una declaración previa a la audiencia, dicha declaración puede ser utilizada para conainterrogar, además la declaración del testigo puede ser objetada por la otra parte, básicamente cuando el testigo no está narrando lo que percibió directamente. También es dable oponerse a las preguntas de la contraparte cuando estas son impertinentes, repetitivas, sugestivas o atenten contra su pudor.

Por regla general el testigo no puede dar opinión, excepto, cuando se trata de testigos expertos, es decir, cuando rinden un testimonio frente a un peritaje científico o técnico.

En el testimonio estamos ante una justicia cara a cara, donde el juez tiene el sentido de transparencia de justicia, por ello es importante que la parte tenga la capacidad de interpretar el lenguaje verbal y no verbal del testigo, sea capaz de leer contextualmente las actitudes y las aptitudes del testigo.

En materia de conainterrogatorio, no existe una verdadera tradición de cómo debe construirse su técnica. En el conainterrogatorio, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas:

- Conveniencia de conainterrogar: se debe decidir si debo o no debo conainterrogar.

- Se debe identificar los puntos débiles del testigo. En especial debo atacar sus argumentos de credibilidad.
- Se debe precisar cuáles son los puntos débiles del testimonio.
- El abogado debe concentrarse en las respuestas, acerca de qué dice y el cómo lo dice.
- Se debe establecer claramente que tipo de pregunta se va a utilizar y cuáles nunca deben señalarse. (en el conainterrogatorio no se aconseja la utilización de pregunta abierta o explicativa).
- En el conainterrogatorio se utiliza la pregunta sugestiva, buscando quitarle credibilidad al testigo.
- Se debe propender porque el testigo siempre responda con un sí o un no, no debe darse la oportunidad a que explique en su respuesta.

Finalmente acerca del interrogatorio y conainterrogatorio, se debe señalar que consolida la naturaleza del proceso oral que es fundamentalmente adversarial; que cierra un poco la brecha existente entre sociedad y justicia, al democratizar la administración de justicia; recalca la naturaleza de la verdad humana como una conjetura histórica que nunca puede ser considerada como un imperativo categórico; exige una mayor planificación del proceso bajo elementos técnicos desde la comprensión e interpretación de la teoría del caso, abre un canal de comunicación verbalizado y simbólico, acentúa la fuerza de la palabra desde su contenido argumentativo lógico y señala como objetivo la capacidad de persuasión que pueda desprenderse de la actitud del testigo. No obstante la reforma al proceso penal debemos señalar que la prueba testimonial continua regida por los principios de autenticidad, pertinencia, veracidad y mismidad.

Por último, dentro de este breve análisis del esquema del proceso oral se debe plantear el contenido de los argumentos de conclusión. En primera medida debemos aclarar que la oralidad no es equivalente a la oratoria, tienen puntos en común pero son dos conceptos diversos, en el alegato de conclusión no se requiere un argumento con excesiva carga jurídica, ni con carga emocional.

Recordemos que el Juez es abogado y conoce el derecho, por lo tanto no es aceptable que la parte, ya sea Fiscal o Defensor, traten de sentar cátedra en la audiencia.

El argumento del alegato conclusivo lo podemos construir desde las siguientes partes:

- Una introducción: que es un resumen del argumento.
- El cuerpo del alegato: que se traduce en lo probado y las consecuencias de lo probado.
- Y la Conclusión: que es a lo que se llega desde lo probado. La culpabilidad o la inocencia.

Una recomendación dentro de la técnica, es que el alegato de conclusión no puede contener juicios especulativos, sino que debe ser lo más concreto posible. Recordemos que estamos ante un Juez no contaminado que puede prejuciar una teoría del caso, por la argumentación especulativa que pueda contener el alegato conclusivo. No buscamos con este alegato llevar al Juez al más profundo y total convencimiento, sino persuadirlo de que nuestra teoría del caso es la más coherente, lógica y razonada.

En la formulación del alegato conclusivo, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos de la técnica:

- Recuerde que este puede ser el momento más importante de todo el juicio oral.
- El alegato debe ser lógico, debe proyectar energía.
- En el primer minuto debe recordarse que este es el más importante de la alegación, por lo que debe recalcar el porque debe decidirse de una u otra forma el proceso.
- En el alegato de conclusión debe utilizarse un lenguaje, breve, claro, evitando información superflua.

- Debe utilizarse temas y calificativos relevantes.
- Debe utilizarse analogías.
- Deben confrontarse los puntos problemáticos.
- Deben utilizarse hechos no controvertidos.
- Debe argumentarse con experiencia.
- En lo posible utilice medios audiovisuales.
- Mantenga el contacto visual, no lea apuntes.
- Controle el ritmo de la exposición.
- Evite la confrontación personal.
- Utilice una voz fuerte y frases cortas.
- Utilice adecuadamente el lenguaje corporal.
- Evite notarse o ser prepotente.
- Nunca le pida al Juez que se coloque en el lugar del procesado o de la víctima.
- No deben hacerse comentarios sobre el silencio del acusado (es su derecho constitucional a la no autoincriminación).
- Recuerde que un buen caso puede ser destruido por un mal o deficiente alegato de conclusión.
- Finalmente recuerde que todo su alegato debe estar centrado en su teoría del caso.

Este breve recuento del proceso oral busca principalmente abrir espacios académicos de formación, hacia el nuevo reto de cambiar nuestras costumbres jurídicas y a permitirnos la experiencia dentro de una nueva contextualidad social, a mi manera de ver, mucho más ventajosa que la existente, por lo tanto, no pretende ser una propuesta acabada, sino el punto de partida de este nuevo proceso, que queramos o no, nos guste o no, es un hecho en la vida jurídica colombiana a partir del 1 de enero de 2005.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA:

ROMERO, leo. MACPHERSON, Willian. MCCULLOUGH, Michael. SUCAR, Leo. MONTES CALDERON Ana. REYES MEDINA, Cesar Augusto. JIMENEZ, Fernando. MEJIA GALLEGO, Oscar. Programa para una cultura de la oralidad desde la Universidad Colombiana. Programa de fortalecimiento y acceso a la Justicia de USAID.

LA CONCILIACIÓN EN MATERIA AGRARIA

IVÁN SANTOS BALLESTEROS

LA CONCILIACIÓN EN MATERIA AGRARIA

IVÁN SANTOS BALLESTEROS

7. LA CONCILIACIÓN EN MATERIA AGRARIA
AUTOR: IVÁN SANTOS BALLESTEROS
DIRECCION: Facultad de Derecho UNAB
FECHA DE RECEPCIÓN: 19/04/2004

DESCRIPTORES: Actividades agrarias, noción, clasificación, relaciones, hechos, negocios jurídicos y contratos agrarios, contrato de arrendamiento y contrato de aparcería

RESUMEN: Estudio sobre la Conciliación en Materia Agraria en sus aspectos sustancial y procesal
KEY WORDS: Agrarian activities, legal notion, classification, relations, facts, businesses and agrarian contracts, contract of renting and contract of aparcería

ABSTRACT: Study on the Conciliation in Agrarian Matter in its aspects substantial and procedural

1.1 INTRODUCCIÓN

En la edición No. 41 de diciembre de 2001 de TEMAS SOCIO – JURÍDICOS se publicó la primera parte de este estudio relacionado con el análisis sobre la conciliación en sus aspectos generales. Enfocamos esta segunda entrega al análisis de la conciliación en materia agraria. La actual situación del país nos mueve a volver nuestras miradas hacia el campo para recordar que Colombia es uno de los territorios con el mayor número de desplazados de zonas agrarias productivas, especialmente, lo que origina el abandono de sus predios y el apoderamiento de los mismos por parte de personas inescrupulosas que buscan obtener provecho de esta situación ; que faltan garantías por parte del estado para proteger la vida y bienes de un vasto sector de la población rural; que contamos con una legislación anacrónica y hasta feudal en materia de contratos agrarios; que aunque existe una legislación de “avanzada” en materia de reforma agraria, esta se ha quedado en el plano de las buenas intenciones, sensación que se palpa, a manera de ejemplo, después de examinar el artículo 1º. de la ley 160 de 1994, en su numeral

1º, norma que señala como uno de los objetos de la ley "Promover y consolidar la paz, a través de mecanismos encaminados a lograr la justicia social, la democracia participativa y el bienestar de la población campesina", propósito lejos de su alcance.

A partir de la última década del siglo pasado, el Estado Colombiano se propuso legislar en el sentido de resolver conflictos entre sus asociados mediante la consagración de métodos alternativos para la solución de ellos. Con esta finalidad fueron expedidas las leyes 23 de 1991 y su decreto reglamentario 2651 del mismo año; 446 de 1998 y el decreto 1818 del mismo año, este último conocido como el "Estatuto de mecanismos alternativos de solución de conflictos", expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en las facultades conferidas por el artículo 166 de esta última ley; 640 de 2001 sobre conciliación obligatoria y otras materias relacionadas. Con anterioridad a estas leyes se encontraba vigente el decreto 2279 de 1989, por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones.

Actualmente se cuenta en nuestro país con una amplia legislación en esta materia. Sin embargo, no faltan expresiones de inconformidad ante la declaratoria de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional de algunas normas contenidas en la ley 640 de 2001, en materia laboral y contencioso administrativa, en cuanto que sobre estos asuntos no se podrá conciliar ante los conciliadores de los centros de conciliación ni ante los notarios, ni constituye la conciliación laboral requisito de procedibilidad para acceder a la justicia laboral tradicional. Quienes así piensan consideran que todo el esfuerzo realizado por el anterior gobierno encaminado a lograr la paz a través de la conciliación, para generar una forma diferente de orientar las controversias, y para desarrollar una nueva política sobre conciliación extrajudicial en derecho, con fundamento en el diseño de un proyecto de inversión aprobado por el BID, "se vio duramente golpeado ante la declaratoria de inconstitucionalidad de la Corte"¹, por los aspectos señalados.

Sin entrar a considerar el anterior punto de vista expresado por la mencionada Funcionaria podríamos agregar que la ley 640 nació a la vida jurídica con alguna confusión. O bien "incompleta", al no consagrar como requisito de procedibilidad para acudir a la justicia agraria, la conciliación extrajudicial en esta materia. O

bien, se debe entender que al referirse a la conciliación en materia civil, se encuentra incluida la conciliación en materia agraria, como sucede con la conciliación en materia comercial. Nos inclinaremos por el primer aspecto, en virtud a que la ley 23 de 1991 y su decreto reglamentario se refieren a las conciliaciones en materia agraria, civil, penal, etc., lo que daría lugar a concluir la existencia de una discriminación legislativa hacia el Derecho Agrario, situación que igualmente se palpa en los programas de Derecho, ya que en la mayoría de las facultades de Derecho del País, no se contempla esta asignatura, ni siquiera como opcional. Por fortuna, en nuestro medio, los Consultorios Jurídicos de las facultades de Derecho que tienen organizados sus Centros de Conciliación aparece la "Conciliación en el Derecho Agrario" como uno de los temas que integran los Seminarios de Capacitación dirigidos a los alumnos que empiezan a cursar esta materia para la formación de Conciliadores, al igual que el Diplomado de formación de conciliadores ofrecido por la UNAB.

1.2 ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA CONCILIACIÓN EN EL DERECHO AGRARIO.

1.2.1 Actividades agrarias

El artículo 1º. del decreto 2303 de 1989 crea la jurisdicción agraria y consagra los asuntos que se encuentran sometidos a ella: conocimiento y decisión de conflictos originados en relaciones de naturaleza agraria, en especial, aquellos que se derivan de la propiedad, posesión y mera tenencia de predios agrarios; de las actividades agrarias de producción (esenciales) y de las de transformación y enajenación de productos (conexas), siempre que estas dos últimas no constituyan actos mercantiles, ni que las mencionadas relaciones emanen de contrato de trabajo.

1.2.2 Noción de actividad agraria

VANIN TELLO² entiende por **actividad agraria** "El conjunto de acciones o de operaciones materiales e intelectuales y de actos jurídicos realizados por el

hombre con el fin de hacer producir a la naturaleza, bajo su control, organismos animales o vegetales, aprovechar y conservar los recursos naturales renovables y efectuar la transformación y venta de los productos”.

1.2.2.1 Clasificación de la actividad agraria

1.2.2.1.1 Actividad agraria esencial

Aquella que se realiza para el cumplimiento de los fines de Derecho Agrario, o sea, la explotación de la tierra y la conservación de los recursos naturales renovables. Para que la actividad agraria sea esencial se requiere que su finalidad sea la producción de organismos vivos (vegetales o animales) y que se encuentren bajo el control humano; que se hallen relacionados con una determinada extensión de suelo agrícola, concretamente con una explotación agropecuaria; y que su objeto sea el aprovechamiento de aquellos organismos.

A su vez, la **actividad esencial agraria** puede ser :

A) Actividad esencial agraria productiva

Se presenta esta actividad cuando se realiza en área rural y tenga como base el suelo agrícola, apto para la producción de organismos vivos, animales o vegetales, o para servir de sustento a los primeros; que exista una acción humana de participación, por lo menos en el control del proceso biológico de generación o crecimiento de dichos organismos; y que esa actividad tenga un sentido económico, vale decir con un fin de aprovechamiento de ellos o de sus productos.

B) Actividad esencial agraria conservativa

Tiene lugar esta actividad cuando se busca el mantenimiento y cuidado de los recursos naturales renovables; su preservación, evitando el deterioro, contaminación o agotamiento. ³

1.2.2.1.2 Actividad esencial agraria por extensión

Se encuentra constituida por aquellas operaciones y actos humanos, que aunque no tienen el carácter de actividades agrarias esenciales, se asimilan a ellas, en razón a las relaciones que existen con las mismas.

Esta actividad puede ser de dos clases:

A) Actividad agraria afín

Se identifica por su carácter primario dirigido a objetos agrarios que tienen uno o varios elementos comunes con las actividades esenciales agrarias. En la actividad agraria afín puede faltar el elemento suelo agrario, unas veces en forma absoluta, como los cultivos aeropónicos en suelo urbano; otras veces por ser dicho elemento un simple soporte a los objetos de la actividad humana, sin ninguna función de naturaleza productiva, como por ejemplo, los cultivos de hongos en cavernas, la estabilización del ganado, etc.

Se consideran como actividades agrarias afines, además de la producción agraria sin suelo (los cultivos que se hagan en materas, cavernas, terrazas, en un medio acuático), la caza y pesca, cuyo objeto es agrario, porque la acción del hombre se realiza en el campo, pero sin que este intervenga en el proceso de generación, ni de crecimiento de los organismos vivos; el aprovechamiento forestal, porque en esta caso, igualmente, no se cuenta con el elemento esencial de la participación del hombre en el proceso biológico referido para la actividad anterior; el aprovechamiento de aguas. El agua en su estado líquido, depositada o corriente en la tierra, en el suelo o subsuelo, constituye objeto agrario por ser recurso natural renovable, ligado en forma insoluble a la vida humana y demás organismos vivos, a la aptitud agrícola y al proceso productivo del suelo.

B) Actividad agraria conexas

Esta actividad no es propiamente agraria, pero se incluye dentro de la órbita del derecho agrario por cuestiones de política agropecuaria y porque ayuda

a la realización de las actividades agrarias esenciales. Se consideran dentro de la categoría de actividades agrarias conexas, el mercadeo agropecuario, la agroindustria, la provisión agrícola, los servicios, en especial, los públicos, destinados estos últimos, al fomento de las actividades agrarias esenciales, afines o las conexas de mercadeo y agroindustrialización, que constituyen formas indirectas de auxiliar a las dos primeras actividades señaladas, sin descartar las actividades de control y de policía ejercidas por el Estado⁴.

1.2.3 RELACIONES, HECHOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS AGRARIOS

1.2.3.1 RELACIÓN JURÍDICA

Se entiende por Relación Jurídica, el vínculo que existe entre dos o más personas, ideas o hechos.

La relación jurídica "no es otra cosa-señala UGO ROCCO- que una *relación de la vida social regulada total o parcialmente por el derecho subjetivo*, y consta de un sujeto (sujeto del derecho subjetivo), y de un sujeto pasivo (sujeto de la obligación jurídica) y de un contenido constituido, precisamente, por el contenido del derecho y de la obligación jurídica"⁵.

Al concurrir o al interrelacionarse los derechos de los particulares aparece el concepto de **relación jurídica**, y tendrá el carácter de **agraria**, cuando el vínculo que surge entre sujetos u objetos se encuentra regulado por una norma jurídica de esta índole.

1.2.3.2 HECHO JURÍDICO

Si todo "fenómeno, suceso o situación que da lugar al nacimiento, adquisición, modificación, conservación, transmisión o extinción de los derechos u obligaciones"⁶ nos lleva a la noción de **hecho jurídico**, este será de índole agraria si lo regula el derecho agrario.

Se considera como hecho jurídico aquel que crea o genera un cambio en una relación jurídica pre-existente.

Toda actividad agraria genera relaciones jurídicas, esto es, relaciones entre sujetos agrarios reguladas por esta rama del derecho, bien por la celebración de actos jurídicos creadores de derechos y obligaciones, o bien por la ejecución de hechos que producen consecuencias jurídicas. "La descomposición de la actividad agraria - señala VANIN TELLO - en una serie de actos jurídicos y relaciones de la misma naturaleza permite apreciar que algunos de los primeros y de las últimas no son regulados por el derecho agrario sino por otras disciplinas jurídicas. Pero la existencia de casos que escapan a la regulación de esta rama jurídica no impide afirmar que el derecho agrario disciplina la actividad agraria, en su conjunto. Con esa aseveración no se incurre en ninguna inexactitud, pues este derecho sigue siendo el marco normativo de la actividad agraria, cuyos fines y principios la gobiernan de manera general, a ella se aplican sus instituciones legales de fomento y control y solamente algunos actos y relaciones a que dan lugar quedan bajo el imperio normativo de otra rama jurídica"

1.2.3.2.1 La ocupación como hecho jurídico agrario

Frente a los terrenos de propiedad privada que se encuentran en posesión o a título de tenencia pueden presentarse perturbaciones o actuaciones no amparadas legalmente realizadas por terceras personas que buscan su apropiación, mediante la ocupación de hecho, referida especialmente a los inmuebles.

Constituye la ocupación de hecho aquella actitud arbitraria y abusiva que realiza una persona para apoderarse o posesionarse en todo o en parte de un predio que se encuentra en posesión o tenencia material por otro individuo, y que conduce a la privación del mismo para este, sin que exista acuerdo entre ellos, ni consentimiento expreso o tácito del poseedor o tenedor, ni autorización de autoridad competente, ni otra causa justificativa de esta conducta.

La ocupación de hecho constituye causa de perturbación de la posesión o de la

tenencia de bienes. Esta no debe confundirse con la simple perturbación. La perturbación es el género; la ocupación, su especie. En la simple perturbación se presenta un embarazo o molestia a la posesión o a la tenencia mediante actos injustos que se realiza sobre un predio, que limita su ejercicio a su legítimo poseedor o tenedor, en alguna forma (cambio o destrucción de cercas, caminos, servidumbres, redes eléctricas o de acueducto; o bien, que se trate de hechos que impliquen daño a cultivos o destrucción de riquezas, como tala de bosques, etc.), pero que no llega a identificarse con la ocupación de hecho.

En la ocupación de hecho, el conflicto se presenta entre particulares, por una parte, propietarios, poseedores, tenedores, y por la otra, el invasor u ocupante de hecho.

Igualmente este fenómeno de la ocupación de hecho hace referencia a predios de propiedad privada.

1.2.3.2.2 Lanzamiento por ocupación de hecho

Antecedentes legislativos

Desde los primeros años del siglo pasado, el estado se preocupó por buscarle solución a los conflictos de tierras originados en invasiones u ocupaciones de terrenos de propiedad privada.

En cuanto a la competencia para el conocimiento de tales conflictos agrarios, unas normas se la asignaron a las autoridades policivas; otras se la atribuyeron a los jueces de tierras (ley 200 de 1936) y posteriormente a los jueces civiles, al desaparecer estos últimos. Con la vigencia del decreto 2303 de 1989, dicha competencia se le atribuye a la jurisdicción agraria (jueces agrarios), pero por sustracción de materia (estos no han sido designados), sigue radicada en los jueces civiles.

a) Ley 57 de 1905

En esta ley, el proceso de lanzamiento por ocupación de hecho tuvo una concepción de carácter administrativo o de policía, al atribuirle su conocimiento a los alcaldes municipales del lugar de ubicación del predio o finca, sin distinguir su naturaleza urbana o rural. Dispuso su artículo 15 que cuando una finca hubiera sido ocupada de hecho, sin mediar contrato de arrendamiento ni consentimiento del arrendador, el jefe de policía, ante quien se elevaba la queja debía trasladarse al lugar de ubicación de la finca dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, contadas a partir del de la presentación de la queja, para proceder al lanzamiento, resolución no susceptible del recurso de apelación, ni a diligencia alguna que pudiera retardar la entrega de la finca, siempre que los ocupantes no exhibieran el contrato de arrendamiento, o se ocultaran.

b) Decreto 515 de 1923

Este decreto reglamentó la ley 57 de 1905.

Consagra esta norma en su artículo 7º, el recurso de apelación contra las providencias del alcalde que ordenaba la entrega del predio invadido u ocupado de hecho, el cual debía interponerse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su notificación, la que podía efectuarse en forma personal, o mediante aviso que se fijaba a la entrada de la finca, ante el ocultamiento o ausencia de los querellados.

c) Decreto 992 de 1930

Por el cual se reglamenta el artículo 15 de la ley 57 de 1905, y se deroga el decreto 515 de 1923.

El artículo 7º de este decreto ratificó la consagración del recurso de apelación contra las providencias del alcalde municipal en las actuaciones de lanzamiento, el que debía interponerse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su notificación, para ante el inmediato superior, en el efecto devolutivo, si la impugnación emanaba de la persona contra quien se dirigía la acción, y en ambos efectos si el apelante era el querellante.

Cuando la finca pertenecía a dos o más municipios y la pretensión se dirigía a la recuperación de una porción de la finca situada en una de ellas, la competencia se fijaba ante el alcalde de ese municipio, y si la pretensión se formulaba para recuperar la totalidad del terreno situado en dos o más municipios conocían a prevención cualquiera de los alcaldes de la ubicación de ellos (art. 8º) .

Esta acción administrativa sumaria prescribía a los treinta días desde el primer acto de ocupación o desde el día en que se tenía conocimiento del hecho (art. 15) .

El Consejo de Estado, en su Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sentencia de fecha 22 de septiembre de 1975 declaró la nulidad del artículo 7º Del decreto 992 de 1930 .

Significa lo anterior que las demás normas de la ley 57 de 1905 y del decreto reglamentario 992 de 1930 se encuentran vigentes, y que los alcaldes municipales siguen conociendo de los procesos de lanzamiento por ocupación de hecho cuando se trata de predios urbanos o rurales no explotados económicamente, siempre que no se refiera a predios agrarios, para este caso, una finca de recreo, un centro de salud, centro educativo ubicado en zona rural.

Conocen los jueces agrarios (léase jueces civiles del circuito) de estos mismos procesos, pero sólo cuando se trata de predios (urbanos o rurales) explotados económicamente. Esta es la concepción del moderno derecho agrario, consagrado en el decreto 2303 de 1989, en cuanto que no es la ubicación de un predio el factor determinante de su carácter de agrario, sino el hecho de la explotación económica.

En idéntica forma se expresa CAMPOS RIVERA, al señalar que " En cambio, si un predio se halla dedicado a actividades agrarias, así sea urbano, y es ocupado de hecho, el competente para conocer del proceso de lanzamiento lo es, en el presente momento de nuestra historia jurídica, el juez agrario" ⁸

d) Judicialización del proceso de lanzamiento por ocupación de hecho

1º. Ley 200 de 1936

Esta norma creó los jueces de tierras (artículo 25) y judicializó el proceso de lanzamiento por ocupación de hecho de predios agrarios, atribuyéndoles competencia a estos para el conocimiento de tales asuntos. El artículo 17 de la ley dispuso que quien poseyera económicamente un predio rural o presentara título para acreditar su derecho de dominio, conforme lo establece el artículo 3º. de la misma tendría derecho a que la autoridad competente suspendiera cualquiera ocupación de hecho. Formulada la queja, el funcionario se debía trasladar al terreno, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la misma y procedía al lanzamiento si se acreditaban los requisitos pertinentes.

Vías de Hecho

El artículo 32 de esta ley les atribuyó competencia a las autoridades de policía para evitar las vías de hecho que se pudieran presentar durante el trámite de lanzamiento por ocupación de hecho en predio rural.

2º. Decreto 59 de 1938

El artículo anteriormente citado no consagró la noción de "vías de hecho", ni señaló término para formular la acción policiva. El artículo 86 de este decreto suplió los anteriores vacíos y deficiencias, al establecer como tales aquellas que impliquen el cambio o destrucción de cercas, mejoras o linderos, derivación de aguas u otros hechos análogos; o que se trate de hechos que conlleven destrucción de riqueza, como por ejemplo, la tala de bosques. Igualmente, este decreto estableció un término de cinco días para iniciar la acción policiva a partir del primer acto violento o de depredación. Estas medidas policivas tuvieron un carácter de provisionales, sin que constituyera obstáculo para la actuación del juez, quien debía decidir sobre el lanzamiento en forma favorable o desfavorable a las pretensiones del actor.

3º. Decreto 1999 de 1940

En su artículo único, este decreto ratificó los mecanismos legislativos anteriores para evitar vías de hecho, pero amplió el término para la presentación de la queja de 5 a treinta días contados a partir del primer acto de perturbación o de modificación de un estado de hecho existente con anterioridad a este. Recalca el mismo artículo que las medidas adoptadas por la policía no constituían obstáculo alguno para la intervención del juez de tierras respectivo.

4º. Ley 4ª. de 1943

Mediante esta ley se suprimieron los jueces de tierras, a partir del lo. de mayo de 1943, y sus funciones fueron adscritas a los jueces del circuito, quienes deberían actuar con el criterio y tramitación señalados por la ley 200 de 1936.

5º. Ley 100 de 1944

En lo pertinente al proceso de lanzamiento por ocupación de hecho, el artículo 13 estableció que la acción sólo podía ejercerse por quienes poseyeran tales predios en los términos de los arts. 1º., 4º, 11 y 14 de la ley 200 de 1936.

Hasta el lo. de mayo de 1947 podían ejercer esta acción los dueños de tierras que tuvieran por lo menos en explotación económica, en los términos expresados, una cuarta parte, por lo menos, de la extensión total de sus tierras.

6º. Decreto 1333 de 1986

Se refiere a la creación y funciones de los inspectores municipales, y dentro de las últimas se les asignó en el literal d) del artículo 320 el cumplimiento de las funciones que les deleguen los alcaldes.

7º. Decreto 2303 de 1989

Con la vigencia de este decreto, el proceso de lanzamiento por ocupación de hecho, en cuanto está relacionado con bienes agrarios, se le asigna a la jurisdicción agraria, hoy de competencia de los jueces del circuito, según mandato del artículo 202 de la ley 270 de 1996 (ley estatutaria de la administración de justicia).

El C. de P. C. en su artículo 698 suprimió como especial el proceso de lanzamiento por ocupación de hecho, pero dejó abierta la posibilidad de proponerlo como ordinario (artículo 396).

8º. Ley 09 de 1989

El artículo 69 dispuso que los alcaldes municipales, de oficio o a solicitud de cualquier ciudadano por sí, o por conducto de la personería municipal pueden iniciar las acciones policivas tendientes a ordenar el lanzamiento de ocupantes de Hecho, siempre que su propietario o tenedor no iniciara la acción pertinente a la que se refieren la ley 57 de 1905 y su decreto reglamentario 992 de 1930, y que a juicio del alcalde llegara a presentar riesgos para la comunidad o cualquier ciudadano o atentara contra las normas de urbanismo o planeación de la localidad.

Las autoridades que conozcan de estos asuntos también pueden ordenar la demolición de obras no autorizadas, al igual que la ejecución de obras de conservación o restauración del bien inmueble que consideren necesarias realizar.

9º. Decreto 742 de 1992

El proceso de lanzamiento por ocupación de hecho continúa consagrado en el decreto 2303 de 1989 (arts. 98 y ss.), cuya competencia corresponde a la jurisdicción agraria, y no a las autoridades de policía..

El artículo 1º. de este decreto dispuso que las personas que exploten

económicamente un predio agrario, conforme al artículo 2º. de la ley 4ª. de 1.973 (y normas concordantes), y que hubieren sido privados de hecho, total o parcialmente, de la tenencia material, sin mediar consentimiento expreso o tácito, ni orden de autoridad, ni otra causa que lo justifique, sin perjuicio de la acción de hecho (lanzamiento), pueden solicitarle al alcalde o funcionario delegado, la protección de sus predios para que la situación existente antes de la invasión se mantenga, dentro de los tres siguientes a dicha privación (art. 1º.). Estas medidas tiene el carácter de provisionales y no constituyen obstáculo para que intervenga el juez competente y se mantenga la situación mientras éste no decida cosa diferente.

Esta acción de protección policiva debe solicitarse dentro de los quince días calendario siguientes al hecho de la invasión (art. 3º).

Constituyen anexos de la querrela, la prueba siquiera sumaria sobre la explotación económica del predio y la de que la invasión fue iniciada dentro de los quince días calendario anteriores a la presentación de la misma (art. 4º).

Los argumentos esgrimidos para motivar este decreto se fundamentan en que los jueces agrarios, competentes para adelantar procesos de lanzamiento por ocupación, no obstante que estos fueron creados por el decreto 2303 de 1989, no han podido entrar a ejercer sus funciones en la mayoría de los departamentos por falta de presupuesto, "circunstancia que es aprovechada por los invasores para permanecer en los predios hasta que culminen los procesos adelantados ante los jueces respectivos".

Igualmente se argumentó para la expedición del decreto la presencia de invasiones masivas de tierras en sectores rurales en varios departamentos explotadas económicamente, perjudicando a sus legítimos propietarios, tenedores o poseedores, quienes en forma reiterada han solicitado su protección a las autoridades locales y regionales. Parecería que este decreto tiene aplicación cuando se trata de invasiones masivas, no para una sola ocupación de hecho.

La demanda de lanzamiento por ocupación de hecho debe presentarse dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la ocupación. Si se formula después de esta oportunidad, el juez deberá rechazarla por constituir término de caducidad, tal como se consagra en el artículo 101 del decreto 2303 de 1989.

CASTAÑEDA BELTRÁN considera que este decreto adolece de falta motivación, y que además viola los arts. 4, 93 de la Carta Política, el art. 27 de la Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados, aprobado por Colombia, mediante la ley 32 de 1985 (" Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado "), al igual que atenta contra el derecho a la defensa que tienen las personas ⁹, porque se argumentó como fundamento para su expedición la existencia de invasiones masivas, con lo cual la disposición vendría a tener aplicación para estas ocupaciones de hecho y no para una ocupación aislada.

1.2.3.3 NEGOCIOS JURÍDICOS AGRARIOS Y CONTRATOS AGRARIOS

Se entiende por acto o **negocio jurídico** el acto cuya voluntad se encamina en forma directa y reflexiva a la producción de efectos jurídicos . Si los efectos jurídicos son de naturaleza agraria, se estará en presencia de un acto o negocio jurídico agrario.

Los negocios jurídicos pueden nacer a la vida jurídica mediante la declaración de voluntad de una persona o de varias. En el primer caso se estaría en presencia de negocios jurídicos unilaterales, como por ejemplo, el testamento, etc. En el segundo caso se estaría frente a los negocios jurídicos plurilaterales, dentro de los cuales se encontrarían los negocios jurídicos bilaterales, que exigen el acuerdo de voluntades de dos personas encaminados a la creación de obligaciones.

Contrato o convención, señala el C.C. en su artículo 1494 es el acto por el cual una persona se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. El C.C. las considera como expresiones sinónimas; pero la C.S. de J. las ha diferenciado:

"Distínguese el contrato de la convención en que el acuerdo de voluntades que lo forma se encamina exclusivamente a generar obligaciones, en tanto que la convención puede ir en pos no sólo de ese objetivo, sino también de modificar o extinguir obligaciones ya creadas. Por eso se dice con propiedad que la convención es el género y el contrato especie. El nacimiento de obligaciones constituye, pues, el efecto propio del contrato" (Sentencia de octubre 18 de 1972).

Por su parte, el artículo 1496 del C. de C. denomina "contratos" a los negocios bilaterales que crean obligaciones entre dos personas, calificados en la doctrina con el nombre de negocios obligatorios; esta última expresión es de la doctrina alemana.

En materia agraria, dos de los más importantes contratos agrarios son los de arrendamiento de predio rústico y de aparcería. Para el primero, el C. C. consagra reglas particulares relativas al arrendamiento de predios rústicos en sus artículos 2036 y ss. Del C.C. El segundo se encuentra regulado en la ley 6ª. De 1975 y su decreto reglamentario 2815 de 1975.

1.2.3.3.1 Contrato de arrendamiento agrario.

Conforme al artículo 1973 del C.C, el contrato de arrendamiento es un contrato bilateral, conmutativo, consensual , de tracto sucesivo, mediante el cual arrendador y arrendatario se obligan en forma recíproca, el primero, a conceder el goce de una cosa , y el segundo, a pagar un precio determinado por el goce de ella .

Cuando el objeto del contrato recae sobre un predio agrario , este será de naturaleza agraria, al igual que los conflictos que surjan en su ejecución. El arrendatario viene a constituirse en un trabajador autónomo , vale decir , productor agrario, a título precario , y no en asalariado rural . Sin embargo, puede darse la posibilidad de que el arrendatario conserve estas dos calidades en forma simultánea, ya que ambas son compatibles.

En el contrato de arrendamiento , por ser de carácter conmutativo , surgen obligaciones a cargo de ambas partes.

Así, el arrendatario debe gozar y usar del bien conforme a lo estipulado en el contrato ; conservar el predio dado en arrendamiento en el estado en que se recibe y devolverlo en el mismo estado al vencimiento del contrato; pagar el precio o cánon de arrendamiento , el que debe estipularse en el contrato como también los períodos de pago. Este precio puede pactarse en dinero o en especie, pero siempre será determinado. Sobre los períodos para el pago del precio o renta el artículo 2002 del C.C. señala que la renta se pagará en los períodos estipulados; si no existe estipulación , se acudirá a la costumbre , y a falta de los anteriores, la renta se pagará por años , cuando se trata de predios rústicos. Estos contratos de arrendamiento pueden celebrarse por la duración de una cosecha, en cuyo caso el precio se pagará al término de ella, salvo que se acuerde otra cosa.

Para el arrendador , la principal obligación es de hacer , la que se concreta en la entrega material del bien al arrendatario; mantenerlo en buen estado para el cumplimiento de los fines del contrato ; liberar al arrendatario de cualquier turbación o embarazo que se pudiera presentar en el uso y disfrute del bien arrendado.

1.2.3.3.2 CONTRATO DE APARCERÍA

El estatuto regulador del contrato de aparcería se encuentra en la ley 6ª. de 1975 y su decreto reglamentario 2815 del mismo año. Se define como aquel en virtud del cual, una parte denominada el propietario, acuerda con la otra denominada aparcero , explotar en mutua colaboración un predio rural o una porción del mismo, con el fin de distribuirse entre sí los frutos o las utilidades que resulten de dicha explotación (artículo 1º. de la ley) . Estos contratos deberán constar por escrito y autenticarse ante juez o alcalde. Si no se cumple con estas formalidades , tales contratos se entenderán celebrados conforme con lo dispuesto en esta ley (art. 2º. Ibidem) .

Una de las características del contrato de aparcería es la de crear obligaciones para las partes. Por este aspecto, se trata de un contrato conmutativo.

Son obligaciones de los aparceros : adelantar en forma personal las labores de cultivo , conservación y manejo de las plantaciones y productos del predio, así como también asumir de la misma manera la dirección y administración de la explotación del mismo; observar en la explotación las normas y prácticas sobre conservación de los recursos naturales renovables; permitir y acatar la supervigilancia por parte del propietario , al igual que permitir la periódica inspección de la parcela y cultivos; la participación en los gastos que demande la explotación del terreno , cuando a ello diere lugar , previa autorización del inspector de asuntos campesinos (inspector de asuntos individuales del ministerio del trabajo y seguridad social), a falta de este funcionario, del alcalde municipal . La autorización deberá hacerse con conocimiento de causa, atendiendo entre otras circunstancias , a la extensión de la tierra, su aptitud agrológica , facilidades para adelantar una explotación eficiente, rentabilidad de los cultivos y las condiciones económicas de las partes contratantes; restituir el predio al vencimiento del contrato o de sus prórrogas (artículo 8º. del decreto 2815 de 1975).

Constituyen obligaciones de los propietarios en los contratos de aparcería: aportar oportunamente las sumas que sean necesarias para atender los gastos que demanda la explotación. Esta obligación puede cumplirla el propietario en especie, si las partes lo estipulan así en el contrato; suministrar al aparcerero, en calidad de anticipo , imputable a la parte que a este le corresponde en la distribución de utilidades , sumas no inferiores al salario mínimo legal por cada día de trabajo empleado en cumplimiento del contrato respectivo. Este anticipo no constituye salario , y se entiende que en caso de no llegarse a obtener utilidades por circunstancias no imputables al aparcerero , dicho anticipo que el aparcerero reciba no estará sujeto a devolución; suministrar al aparcerero, para su uso y aprovechamiento exclusivos, una porción del terreno equivalente al 5% del área objeto del contrato , en el lugar que determinen , preferencialmente cerca al sitio destinado para vivienda del aparcerero , con libertad para establecer allí cultivos de pronto rendimiento y que considere básicos para su alimentación. Esta obligación solo se hará efectiva tratándose de explotaciones de tierras de

diez hectáreas en suelos de clases I a IV, o menores de 20 hectáreas en suelos de clases V a VIII, acorde con la clasificación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi; el aparcerero debe restituir el terreno al vencimiento del plazo inicial , el que se fija en tres años. Cuando cualquiera de las partes manifiesta en legal forma a la otra su intención de terminarlo (aviso por escrito con tres meses de antelación al vencimiento del término inicial o al de sus prórrogas) , en caso contrario , el contrato se entiende prorrogado por el término de un año , conforme lo señala el artículo 15 de la ley 6ª. de 1975 . La partes contratantes no podrán renunciar al aviso al que se refiere el artículo anterior.

Esta ley también consagra prohibiciones. A quien suministra la parcela se le prohíbe: imponer al aparcerero la participación en los gastos que demande la explotación del terreno, a no ser que exista autorización legal; estipulación de multas a cargo del aparcerero, aún a título de cláusula penal; retener o decomisar por sí mismo , sin mediar autorización de funcionario competente, bienes que pertenezcan al aparcerero, para cubrir el valor de algún crédito; cobrar en forma directa o indirectamente sumas a título de arrendamiento del terreno, diferente de la participación en las utilidades (artículo 10º. del decreto 2815 de 1975) .

Al aparcerero se le prohíbe : plantar o permitir que terceros establezcan mejoras de carácter permanente o semi permanente en el respectivo terreno., a no ser que medie estipulación escrita en el contrato. Sin embargo, se entenderá que se ha conferido autorización , si transcurren tres meses ,que se contarán a partir de la incorporación de las mejoras, sin que el propietario manifieste su rechazo mediante notificación judicial o por medio de escrito dirigido al aparcerero por conducto del Inspector de Trabajo o del Inspector de Policía del lugar; ceder en todo o en parte el contrato , sin autorización escrita del propietario; renunciar a los derechos consagrados en su favor por la ley 6ª. de 1975 y el decreto que la reglamenta, o estipular en contra de los derechos mínimos que en su favor se establecen; transigir sobre controversias relativas a derechos ciertos e indiscutibles (artículo 11 ibidem) .

1.2.3.3.3 Diferencias entre el contrato de arrendamiento y el contrato de aparcería

Son dos , entre otras, las diferencias más relevantes que se presentan en estos contratos . La primera tiene que ver con el precio de ellos. En el contrato de arrendamiento, como se dejó señalado, el precio es determinado (alícuota) y se puede estipular en dinero o en especie (\$ 2.000.000.00 anuales o 10 cargas de papa en el mismo lapso), mientras que el precio en el contrato de aparcería es indeterminado (alicuanta), como por ejemplo la distribución de la cosecha por partes iguales entre propietario del predio y aparcerero. La otra diferencia se refiere a las consecuencias que surgen para el tenedor contratante en los eventos de pérdida o disminución de la cosecha. Conforme al artículo 2041 del C.C. , el *colono* (arrendatario) no tendrá derecho para solicitar la rebaja del precio o renta, alegando casos fortuitos extraordinarios que hayan destruido o deteriorado la cosecha , mientras que en el contrato de aparcería ,le corresponde sufrir al propietario, una parte proporcional de la pérdida que por caso fortuito le sobrevenga al *colono aparcerero* (aparcerero) antes o después de que se perciban los frutos , siempre que este no se encuentre en mora en contribuir con su cuota de frutos.

1.2.3.3.4 Las mejoras en los contratos agrarios

Constituye mejora en predio rural, conforme al artículo 22 de la ley 200 de 1936, " toda obra o labor producida por el esfuerzo humano que tenga un valor económico , considerada en sí mismo y en relación con el terreno en donde se ha realizado".

Desde este punto de vista , la incorporación de mejoras en un terreno rural constituye un hecho jurídico agrario originado en el trabajo de un productor agrario precario , dado que ellas se establecen en suelo ajeno .

El mismo artículo señala algunas reglas que deben ser observadas por los jueces en el evento en que tengan que regular mejoras. La primera de ellas constituye fundamento para reconocerlas : " nadie puede enriquecerse sin justa causa".

Otra de ellas hace referencia a los factores que comprende el avalúo de mejoras , los cuales deben sumarse:

" 1º) El valor comercial al tiempo del avalúo, de las plantaciones, cercas, acequias, caminos y demás obras y labores útiles existentes , incluyendo, cuando los hay, el valor de los frutos pendientes; y

" 2º) El mayor valor efectivo que la tierra hubiere adquirido por el esfuerzo del poseedor".

Finalmente , esta norma dispone que se debe estar a lo dispuesto sobre prestaciones mutuos reguladas en el Código Civil , sin perjuicio de lo que establece el artículo citado , cuando deba determinarse el pago de mejoras, en razón de la buena o mala fe del ocupante.

1.3 ASPECTOS PROCESALES DE LA CONCILIACIÓN EN MATERIA AGRARIA

Constituye la conciliación un mecanismo para ponerle fin a conflictos de intereses mediante el cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de ellos , con la intervención de un tercero neutral y calificado , denominado conciliador, tal como lo señala el artículo 64 de la ley 446 de 1998.

1.3.1 Conciliación extra procesal y procesal en materia agraria

El decreto 1818 de 1998, emitido por el Gobierno Nacional con base en las facultades conferidas por el artículo 166 de la ley 446 de 1998 , contiene la compilación normativa en materia de conciliación, arbitraje y amigable composición. Su Título VII se refiere a la conciliación en materia agraria, que reproduce normas consagradas en la ley 6ª. De 1975 sobre liquidación del contrato de aparcería (Art. 19) y en el decreto 2303 de 1989 que tienen relación con la conciliación agraria extra procesal y dentro del proceso.

La conciliación se concibe como un medio para llegar a un fin, cual es el arreglo o acuerdo que busca evitar la iniciación de un proceso agrario, o bien ponerle fin a este si se encuentra en trámite. Desde este punto de vista, en el primer caso se realiza ante el funcionario administrativo competente, voluntariamente, (Consultorios Jurídicos de las facultades de derecho, Cámaras de Comercio, etc.,) o ante el juez agrario. En el segundo caso, ante el juez competente, la que puede ser obligatoria, como etapa procesal, en los procesos declarativos agrarios, salvo disposición en contrario (art. 35 del decreto 2303 de 1989), o voluntaria, cuando las partes la soliciten de mutuo acuerdo, en cualquier etapa del proceso.

1.3.2 Características del conciliador

El conciliador debe ser :

Abogado (o estudiantes perteneciente a Consultorios Jurídicos de facultades de derecho), salvo si es conciliador en equidad .

Imparcial y ajeno a los intereses de las partes.

Conocedor de la controversia de tal manera que llegue a la comprensión de las expectativas y derechos de las partes, e inspire respeto, confianza y seguridad.

1.3.3.1 Conciliación extra procesal o conciliación antes del juicio (proceso)

En esta materia, la conciliación podrá intentarse antes de que se presente la demanda. En este evento, la solicitud se hará en forma verbal o por escrito, ante el juez agrario, o ante el funcionario administrativo correspondiente, en los casos autorizados por la ley, quien hará la citación, para cuyo efecto se señalará el día y la hora (art. 36 del decreto 2303 de 1989).

1.3.3.2 Trámite de la conciliación extra procesal

Iniciada la audiencia, el funcionario, sin exponer concepto alguno, interrogará a los interesados acerca de los hechos que originaron la controversia, a fin de determinar con la mayor precisión los posibles derechos y obligaciones de los interesados. Acto seguido los exhortará para que procuren un arreglo amigable. En este estado de la audiencia, el conciliador podrá proponer las fórmulas de avenimiento (acción y efecto de avenir o avenirse ; de donde **avenidor** viene a ser un tercero que sirve de mediador entre dos o más personas que se encuentran en discordia, a fin de restablecer la armonía con el arreglo de sus mutuas diferencias) que estime equitativas (inciso lo. Del artículo 37 del decreto 2303 de 1989).

1.3.3.2.1 Acuerdo dentro de la conciliación extra procesal

El acuerdo podrá ser **total o parcial** .

Si se llegare a un acuerdo (**total**), el funcionario redactará el acta, donde se consignarán sus términos, quien luego de hacer un resumen de los hechos y de las obligaciones de los interesados, dejará constancia de las obligaciones que contraen las partes (inciso 3º. Del artículo 37 ibidem).

Cuando el arreglo fuere **parcial**, tendrá aplicación lo dispuesto en el inciso anterior, tal como lo establece el artículo 39 del citado decreto. Respecto de las diferencias no conciliadas, los interesados quedarán en libertad de acudir al órgano jurisdiccional para discutir los aspectos no conciliados, según lo establece la misma norma.

1.3.3.2.2 Requisitos para la aprobación del acuerdo.

1º. Que no atente contra derechos de incapaces o personas amparadas por pobres (Inciso 2º. Del artículo 37 ibidem). Conforme lo establece el artículo 19 del estatuto agrario, se concede el amparo de pobreza a los campesinos de

escasos recursos económicos, entre otros. Para su concesión, basta que el interesado afirme, personalmente o por conducto de su representante, bajo juramento que se considera prestado por la sola presentación de la solicitud, que se encuentra en una de las condiciones establecidas en el artículo anterior, según lo dispuesto en el artículo 21 del mismo estatuto.

2º. Que la conciliación se encuentre conforme a la ley.

En los casos anteriores el funcionario aprobará la conciliación, quien firmará el acta, junto con su secretario y los interesados. A cada uno de estos últimos se les hará entrega de copia del acta.

1.3.3.2.3 Efecto de la conciliación

La conciliación tendrá efectos de cosa juzgada y su cumplimiento se llevará a cabo dentro del término que se hubiere señalado, vencido este prestará mérito ejecutivo contra la parte que resultare obligada (artículo 38 del decreto 2303 de 1989).

1.3.3.2.4 Falta de ánimo conciliatorio

Faltarán el ánimo conciliatorio cuando cualquiera de las partes no concurriere a la respectiva audiencia (art. 40 ibidem).

1.3.3.2.5 Fracaso del intento de conciliación

Se presenta esta figura cuando uno de los interesados que hubiere concurrido a la audiencia de conciliación manifiesta que el arreglo no es posible. En este evento, el funcionario dará por terminado el intento de conciliación y la declarará fracasada, en acta, en la que se consignará previamente las pretensiones de los interesados, los hechos que les sirvan de fundamento y las pruebas por ellos aportadas (art. 41 ibidem).

1.3.3.2.6 Representación de incapaces

Esta norma (art. 42 ibidem) hace referencia a la representación de incapaces, trátase de aquellas personas que tengan el carácter de demandantes, demandadas (conciliación procesal), o que hayan de figurar como tales (conciliación extra procesal) en un proceso agrario, en cuyo caso no se necesita agotar el trámite del proceso de jurisdicción voluntaria para obtener autorización, ya que el representante del incapaz tendrá facultad para celebrar la audiencia de conciliación en esta calidad.

El auto aprobatorio de la conciliación implicará la autorización al representante legal para conciliar, cuando sea necesaria conforme a la ley.

1.3.3.2.7 Conciliación por entidades de derecho público

Los representantes de la nación, Departamento, Municipios y el Distrito Especial de Bogotá, solamente podrán conciliar en asuntos agrarios mediando autorización del Gobierno Nacional, Gobernador, Alcalde, según el caso (art. 43 ibidem).

1.3.3.2.8 Improcedencia de la conciliación

No se podrá llevar a cabo una conciliación en asuntos agrarios en aquellos casos en que no sea procedente la transacción, excepto cuando se trate de beneficiario del amparo de pobreza.

Igualmente no procederá la conciliación en los procesos de expropiación ni cuando se ejercitan acciones populares.

Los curadores ad- litem carecen de facultades para conciliar (art. 44 ibidem).

En otras normas del estatuto procesal agrario se contempla esta situación de improcedencia de la conciliación agraria :

En los procesos de saneamiento de la pequeña propiedad rural y de declaración de pertenencia, ante la actuación de curador ad-litem (decreto 508 de 1974).

En los procesos de restitución de predios dados en mera tenencia (art. 89 del decreto 2303 de 1989) .

En los procesos de lanzamiento por ocupación de hecho (at. 104 ibidem) .

En los procesos para la preservación y conservación de los recursos naturales y el ambiente agrario (art. 127 ibidem).

Con posterioridad al estatuto procesal agrario fue expedido el decreto 2651 de 1991, que en su artículo 8º dispuso que en todos los procesos se podría conciliar, por lo que se entiende que incluyó los procesos agrarios. Esta norma no fue derogada por la ley 446 de 1998, antes por el contrario, su artículo 167 derogó algunas normas , y "las demás normas que le sean contrarias" . Desde este punto de vista podría concluirse que es posible la conciliación en los procesos de restitución de tenencia de predios agrarios y lanzamiento por ocupación de hecho, tratándose de bienes de la misma índole.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1 Covelli Soto, ADRIANA .“ La ley 640 de 2001 sí es constitucional ”. *Ámbito Jurídico* , Legis , Bogotá. Academia Foro- Justicia, año 3, número 17, separata bimestral , noviembre de 2001, p.4

2 Vanín Tello , JOAQUÍN. “Derecho Agrario” . Teoría General . Tomo I . Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985, p. 258

3 Ibidem , p. 264 y ss.

4 Ibidem, p. 270 y ss.

5 ROCCO , Ugo. “ Tratado de Derecho Procesal Civil” . Vol. I, Parte General , Edit. Temis, Bogotá y Edit. Depalma, Buenos Aires , 1969,p.31

6 CABANELLAS , Guillermo. “Diccionario de Derecho Usual” .Tomo II, Edit. Heliasta , Buenos Aires, 1972 , p.287.

7 VANIN TELLO, Joaquín, ob. cit., p. 259

8 Campos, Rivera, DOMINGO. “Derecho Procesal Agrario”. Editorial Temis S.A. , Bogotá, 1993, p. 286.

9 Castañeda Beltrán, HÉCTOR .” Los Procesos Agrarios”. Editorial Leyer, Bogotá, 1999, p.144y s

EL CONTRATO DE SEGURO. FORMACIÓN Y PRUEBA.

CARLOS HUMBERTO MONTOYA ORTEGA

EL CONTRATO DE SEGURO. FORMACIÓN Y PRUEBA.

CARLOS HUMBERTO MONTOYA ORTEGA.

8. EL CONTRATO DE SEGURO. FORMACIÓN Y PRUEBA
AUTOR: CARLOS HUMBERTO MONTOYA ORTEGA
DIRECCIÓN: Facultad de Derecho UNAB
FECHA DE RECEPCIÓN: 14/06/2004

RESUMEN: Con la promulgación de la ley 389 de 1997 que introdujo una de las más sustanciales modificaciones en la institución del seguro en toda su historia, como fue el cambio de contrato solemne por consensual y su limitación probatoria al documento escrito y la confesión, la actividad previa al perfeccionamiento del contrato, el acuerdo de voluntades y su prueba, adquieren matices diferentes desde el punto de vista legal y con novísimas implicaciones que no tienen claridad en la ley ni consenso en la doctrina.
KEY WORDS: contracts, insurance, law, confession

ABSTRACT: With the promulgation of the 1997 law 389 that introduced one of the most substantial modifications in the institution of the insurance in all its history, as it were consensual the solemn contract change by and its probatory limitation to the written document and the confession, the previous activity to the improvement of the contract, the agreement of wills and its test, acquire different shades from the legal point of view and latest implication that does not have clarity in the law nor consensus in the doctrine

INTRODUCCIÓN.

1. CONCEPTO Y PLAN.

Con la promulgación de la ley 389 de 1997 que introdujo una de las más sustanciales modificaciones en la institución del seguro en toda su historia, como fue el cambio de contrato solemne por consensual y su limitación probatoria al documento escrito y la confesión, la actividad previa al perfeccionamiento del contrato, el acuerdo de voluntades y su prueba, adquieren matices diferentes desde el punto de vista legal y con novísimas implicaciones que no tienen claridad en la ley ni consenso en la doctrina.

No pretendemos entrar en el detalle de los antecedentes de estos cambios legislativos en el derecho comparado como en la esfera nacional, más sí en la interpretación y aplicación de las nuevas normas con fundamento en las opiniones de tratadistas nacionales y

extranjeros, a veces distantes entre sí, pero con interesantes y útiles argumentaciones para tomar partido por una u otra posición doctrinaria. Lamentablemente, dada la reciente aparición de estas normas legales, no existe aún jurisprudencia que nos sirva para este propósito.

El tema, partiendo del mismo título, luce simple. Pareciera ser el desarrollo de las implicaciones de la consensualidad del contrato de seguro y las características de una tarifa legal probatoria por la limitación al escrito y la confesión; pero no es así. El inmenso tráfico comercial del seguro con miles de cotizaciones y acuerdos a diario, un sinnúmero de personas participantes entre tomadores, asegurados, beneficiarios, afianzados, aseguradores e intermediarios, considerables intereses económicos involucrados y profundas implicaciones sociales, amén de ser un contrato complejo con un extenso régimen legal y de múltiples estipulaciones generales y particulares, crean toda suerte de controversias con el grave y latente defecto del desconocimiento, a todos los niveles de la actividad aseguradora, de las normas que regulan la materia y la renuencia a emprender su estudio. La experiencia nos demuestra que la mayoría de los litigios en materia de seguros, se originan en la precaria determinación durante la etapa formativa de los aspectos sustanciales del aseguramiento de la persona o de su patrimonio.

Nos detendremos en primer término, en los tratos precontractuales (sección I), que incluyen las negociaciones preliminares y la oferta, temas de escaso desarrollo en los textos de seguros y de alta incidencia en el desenvolvimiento del vínculo jurídico. Desafortunadamente, aspectos tan importantes como la responsabilidad por la ruptura abrupta, la irrevocabilidad de la propuesta y sus términos de vigencia, pasan desapercibidos por el manejo poco cuidadoso de las cotizaciones de seguros.

Pasaremos a continuación a la fase del perfeccionamiento del contrato de seguro (sección II), vale decir, al acuerdo con las modalidades de aceptación de la oferta y las diferentes vigencias que pueden ser acordadas.

Analizaremos luego la prueba del contrato (sección III), con sus limitaciones en los medios autorizados por la ley, punto de discordancia entre la doctrina y la jurisprudencia nacional, así como de agudas variaciones en el derecho comparado.

Por último, incluimos el tema del papel del intermediario de seguros (sección IV), de profunda incidencia en la formación y prueba del contrato y con marcadas diferencias en la doctrina sobre la calificación de su actividad.

Constituye este trabajo una modesta pretensión por dilucidar algunos detalles en el perfeccionamiento del contrato de seguro, tema que hemos seleccionado ante la incertidumbre que ellos generan en todos los estamentos de la actividad aseguradora.

Sección I

LOS TRATOS PRECONTRACTUALES.

2. LAS NEGOCIACIONES PRELIMINARES.

Generalmente en el seguro no hay una propuesta inmediata ni mucho menos el contrato se forma de manera instantánea, sino que está antecedido de conversaciones entre el asegurador y el potencial tomador con la colaboración del intermediario de seguros, dilatadas a veces ante la complejidad de los riesgos que serán objeto de aseguramiento. Oferta y contrato son la culminación de un itinerario en el que se discuten y consideran las diversas exigencias de las partes. En esta etapa se recopila la información sobre bienes asegurables y su valor, se efectúan las inspecciones en los seguros de daños y se realizan los exámenes médicos en los seguros de personas, se obtienen datos de siniestralidad, se analiza la solvencia moral y material del cliente, se adelantan estudios de administración de riesgos en la industria, se contactan los reaseguradores para obtener respaldo en el aseguramiento, en fin, se llevan a cabo todos los trámites necesarios para la estructuración de una propuesta completa que conduzca a un acuerdo de mutuo beneficio.

De esta manera, las negociaciones preliminares son los actos que realizan tanto el asegurador como el posible tomador, para definir los términos en que uno u

otro harían una oferta de seguro a su eventual contratante. Son actos de acercamiento y que constituyen el camino (*iter contractus*) que lleva a la perfección de contrato

Desde que las partes entran en las tratativas precontractuales, asumen deberes secundarios de conducta, sustentados en reglas de convivencia y de solidaridad social y que son manifestaciones de la buena fe que rige todo contrato en su fase previa y de ejecución¹.

3. EL DEBER DE INFORMACIÓN.

Dentro del deber general de cooperación en esta etapa, cobra especial importancia el deber de información que corresponde al posible tomador porque de ahí pueden surgir futuras nulidades del contrato. La materia de que trata el seguro y las circunstancias atinentes al riesgo, deben ser conocidas por ambas partes para preservar la relación de equivalencia al tiempo de perfeccionamiento del contrato. El fundamento de este deber halla su fuente en la desigualdad de los conocimientos sobre las circunstancias relevantes del riesgo que será objeto de aseguramiento. Si la relación está basada en la confianza, el deber de información se acentúa más². Cuando estamos ante una declaración inexacta o reticente que influenció al asegurador para una decisión que no habría tomado, o que sería diferente bajo el conocimiento de la situación real, el vínculo nace a la vida jurídica viciado por un error en el consentimiento, independiente del dolo o la culpa del declarante. La imposibilidad, en muchas ocasiones, para el asegurador de conocer el estado verdadero del riesgo a asumir, lo dejan para su decisión al sometimiento de las declaraciones de su interlocutor o de terceros. De ahí la suma importancia que la ley confiere a la veracidad de las declaraciones del potencial tomador con sanciones como la nulidad del contrato, o aún sin culpa la reducción del monto indemnizatorio³.

Pero el deber⁴ no es sólo del futuro tomador, el asegurador debe además procurar toda la información que su actividad, como la parte profesional en la negociación le exige, para un cabal conocimiento del estado del riesgo y hará uso adecuado de ella, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones es de carácter privilegiado.

Se le exige que sea diligente, que use de esos especiales conocimientos que debe tener en razón de ser un profesional, a fin de percatarse del estado real del riesgo⁵. Las reticencias u omisiones no culposas del tomador no generan nulidad del contrato, si el asegurador por no cumplir a su turno con la obligación de informar no le dio herramientas para que este describiese en forma correcta el estado del riesgo⁶.

4. LA RESPONSABILIDAD EN LAS NEGOCIACIONES.

Toda negociación debe estar enmarcada en la inquebrantable buena fe, es el deber de proceder bajo este principio en el período precontractual so pena de la indemnización de perjuicios⁷. Se trata de sancionar la culpa o el dolo de quien rompe abruptamente las negociaciones, asumiendo un comportamiento contrario al deber de lealtad y será en consecuencia responsable ante el perjudicado.

La indemnización tiene su fuente en el hecho y no en el acto jurídico y por ende, no incluye los perjuicios derivados de la falta de conclusión del contrato. Se trata de una indemnización integral circunscrita al daño emergente, entendiéndose como tal los costos, inversiones y gastos incurridos por el afectado durante esas negociaciones preliminares (interés negativo contractual, es decir, por la falta de conclusión injustificada del contrato), incluyendo la corrección monetaria por la devaluación monetaria sobre dicho monto, y de otro lado, la pérdida de ganancias o beneficios ciertos que haya dejado de obtener por habersele impedido la especial explotación y rendimiento (incluso financiero) de la suma nominal de gasto o inversión, o por el excepcional rechazo de otras reales contrataciones ordinarias con fundamento en la perspectiva de aquel contrato proyectado, que injustificadamente se frustrara, todo lo cual debe aparecer debidamente acreditado. La indemnización ya no se encadena con el interés de cumplimiento o interés positivo –exigible únicamente en la hipótesis de contratos, efectiva y válidamente realizados⁸–.

Pero la responsabilidad y consecuente indemnización no se derivan de cualquier acto que interrumpa las negociaciones, puesto que es necesario un

comportamiento culpable, es decir, una falta de voluntad para culminar útilmente el ciclo negocial. Es la llamada *culpa in contrahendo*⁹ considerada en sus comienzos como de naturaleza contractual y de aplicación solamente para los contratos nulos, pero hoy se tiene como un hecho dentro de la responsabilidad precontractual que a su vez es una aplicación de la responsabilidad extracontractual o aquiliana en razón de que el contrato no existe todavía¹⁰ y aplicable no sólo a los casos de nulidad o falta de validez del contrato, sino además a la interrupción o cesación de las conversaciones preliminares.

Pueden darse varias razones para un rompimiento justificado por parte del asegurador, por ejemplo, limitaciones del mercado reasegurador por pérdidas técnicas a causa de alta siniestralidad, dudas sobre la solvencia moral de su interlocutor, los riesgos por fuera de sus políticas de suscripción, y por parte del potencial tomador, por ejemplo, su insuficiente capacidad financiera, otras mejores perspectivas de negociación, la desconfianza en la solvencia del asegurador.

El incumplimiento del deber de información también puede generar responsabilidad a cargo de la persona que la omitió o falseó. De un lado, puede ser la causa de un rompimiento de las negociaciones y entonces el culpable debe responder con la indemnización de perjuicios, pero también es responsable quien suministró una declaración inexacta o reticente que origina la nulidad del contrato y en consecuencia se le sanciona con la retención de la totalidad de la prima¹¹.

Sin embargo, es factible la exoneración de responsabilidad por una ignorancia excusable o legítima debido a las características técnicas del riesgo, o porque el objeto asegurable no se encuentra en su poder o sencillamente por la ineptitud de la persona para informarse¹².

Como la buena fe se presume, corresponderá al afectado demostrar el dolo o culpa del responsable de la ruptura negocial o de la información deficiente, así como la cuantía de los perjuicios sufridos. Lo que no puede permitirse es la impunidad de la mala fe porque si así fuese, las negociaciones preliminares se convirtiesen en un juego y en una etapa intrascendente.

5. LA OFERTA.

Como resultado de las negociaciones preliminares nace la oferta¹³, que no es otra cosa que la invitación a otra persona a celebrar una convención y cuando esta persona acepta se forma el consentimiento, vale decir, se produce el acuerdo de voluntades, en tratándose de contratos consensuales como lo es el de seguro.

El ordenamiento civil nada dice con respecto a la oferta y por ello es preciso acudir a la legislación mercantil que tiene una detallada reglamentación sobre el tema para todo tipo de contratos, porque no hay normas específicas sobre la materia para el contrato de seguro.

La oferta puede ser verbal o escrita e informada a su destinatario por cualquier medio idóneo¹⁴, y aunque la ley no menciona cuáles son los medios adecuados para hacer conocer la oferta, se considera que son aquellos que producen en el oferente la convicción de que, en condiciones normales, la oferta llegará al destinatario. Por ejemplo, el correo, el mensajero, el fax, el correo electrónico, los servicios postales estatales, etc.¹⁵. De la consideración del medio utilizado y de su calificación como medio idóneo, depende su irrevocabilidad según veremos más adelante.

La oferta, además de expresa, también puede ser tácita, mediante hechos cuya ejecución permita inferir la voluntad de proponer una convención.

La oferta proviene generalmente del asegurador mediante una cotización y con la intervención de un intermediario de seguros, además, porque la fijación de la prima a cobrar es el resultado de su análisis sobre las probabilidades del riesgo efectuado por aquél. Excepcionalmente, se presenta una propuesta por parte del tomador con todos los requisitos que señala la ley, incluyendo la prima. Sería el caso de una solicitud al asegurador para que acepte asumir el riesgo en las mismas condiciones ofrecidas por otro asegurador¹⁶.

Se considera que hay oferta si con la sola aceptación del destinatario se perfecciona el contrato, sin ulterior declaración del oferente¹⁷.

6. LA COMUNICACIÓN DE LA OFERTA.

Una vez comunicada la oferta, el proponente no podrá retractarse¹⁸, en otras palabras, podemos decir que a partir de la comunicabilidad, la oferta produce plenos efectos. Las diferentes escuelas que defienden o no la obligatoriedad de la oferta, la clásica francesa, la moderna alemana y la ecléctica colombiana, coinciden en que la oferta no empieza a producir efectos sino desde el momento en que es efectivamente conocida por el destinatario¹⁹, otros por el contrario, niegan este sistema de información y se acogen al sistema de expedición, es decir, no se requiere que el destinatario la conozca sino que el oferente emplee los medios adecuados para comunicársela²⁰. Nos parece más adecuado y lógico éste último sistema, ante la imposibilidad práctica de establecer con certeza la fecha exacta en que el destinatario conoció la propuesta. Se ha establecido la presunción *iuris tantum* de que el conocimiento se adquiere inmediatamente se recibe el mensaje, como lo haría un hombre prudente y diligente que conoce de inmediato los mensajes que recibe²¹.

7. EL CONTENIDO DE LA OFERTA.

La oferta debe contener los elementos esenciales del contrato de seguro que se propone y la aceptación del destinatario también versará sobre ellos. Dichos elementos son: 1) el interés asegurable, 2) el riesgo asegurable, 3) la prima y 4) la obligación condicional del asegurador²².

Respecto del interés asegurable, como causa del contrato, no es necesario expresarlo²³ y basta que sea lícito porque no hay ninguna póliza en que se especifique la clase de interés que tiene el asegurado²⁴, y el asegurador acostumbra constatar su existencia sólo al momento de recibir el aviso o la reclamación por siniestro.

En cuanto al riesgo asegurable, es necesario identificarlo para establecer el alcance de la obligación del asegurador, aun cuando se puede deducir de la prima cotizada. La prima o el factor para establecerla, no admite duda sobre su fijación.

Y la obligación condicional del asegurador, más que elemento esencial es un efecto del mismo contrato, es una consecuencia del objeto social de todo asegurador, por lo tanto, no es necesaria su mención expresa en la propuesta.

Por el contrario, aunque la ley no los menciona, hacen falta la estipulación del valor asegurado y la determinación de la vigencia del contrato.

Si falta uno de estos elementos esenciales, que en conclusión se limitan a la prima²⁵ y al riesgo asegurable, la oferta no existe. No pensemos que deviene en una propuesta de contrato diferente por el defecto de uno de sus elementos esenciales²⁶, porque no hay ninguno en nuestra legislación que se le asimile al seguro.

8. LA IRREVOCABILIDAD DE LA OFERTA.

La propuesta es irrevocable y si el proponente se retracta, una vez comunicada, debe indemnizar los perjuicios causados al destinatario²⁷. Esta característica de la obligatoriedad de la oferta es aceptada unánimemente por la doctrina, aún en aquellos regímenes donde no se señala como un imperativo legal²⁸. En nuestro medio no ofrece duda alguna, máxime cuando la legislación acepta los actos jurídicos unipersonales o unilaterales dotados de valor normativo, la oferta entre ellos.

Luego, si el proponente se retracta en el lapso entre la comunicación de la oferta y el vencimiento de plazo de validez, sin que exista un pronunciamiento previo, expreso o tácito, del destinatario, este tiene una acción de resarcimiento por los perjuicios sufridos con la retractación, acción precontractual y por ende de carácter extracontractual (culpa aquiliana)²⁹. En esto consiste la fuerza obligatoria de la oferta³⁰. Pero es condición de la irrevocabilidad que el destinatario de la oferta no la haya aceptado o rechazado, porque si ya aceptó, quiere decir que el contrato quedó perfeccionado y si la rechazó, la propuesta ya perdió su validez y no existe compromiso alguno para el oferente.

9. EL PLAZO DE VALIDEZ DE LA OFERTA.

La oferta no puede ser un acto de duración indefinida. Si la oferta es verbal o telefónica, debe ser aceptada en el acto de oírse³¹, en otras palabras, no tiene ningún plazo de validez, y si no se aceptó de inmediato en el mismo momento de ser presentada, se tiene como rechazada. Una respuesta por fuera de este límite de tiempo es una nueva oferta, en que el anterior destinatario asume el papel de oferente y viceversa.

En la oferta escrita el plazo de validez es convencional, pero si no se dice nada por parte del proponente, se considera que tiene un plazo de validez de seis días a partir de la fecha de la propuesta³² y para evitar equívocos y situaciones injustas para el destinatario, se debe aplicar el sistema de expedición, es decir, se toma como punto de partida la fecha de envío por parte del asegurador, o del tomador si es el caso, independientemente de la fecha de la carta o la fecha de recibo por el destinatario. Ya veremos más adelante como se da una solución similar a la fecha de aceptación de la oferta que perfecciona el contrato de seguro.

Si el proponente reside en lugar distinto al destinatario, se adiciona a los seis días el término de la distancia calculado sobre el medio de comunicación utilizado por el proponente³³. Con la tecnología actual de la comunicación, estas disposiciones en cuanto al término de la distancia se tornan obsoletas, porque con el fax, el módem, el correo electrónico, la recepción se produce el mismo día del envío. Sólo se aplicarían en los casos de remisiones por correo postal y eso con el aumento de muy pocos días que tarda este medio de comunicación.

10. LA POLICITACIÓN.

Se da este nombre a la oferta dirigida al público en general sin determinación de personas³⁴ y con un tratamiento diferente para la oferta en particular que hemos visto.

En materia de seguros es excepcional una modalidad de oferta como la policitación. Por el carácter personalísimo de este contrato, las propuestas están dirigidas a

personas determinadas, luego siempre serán obligatorias³⁵ y si se dan ofertas a personas indeterminadas, por sus mismas características, cual es la determinación pública de las coberturas ofrecidas y el claro compromiso de parte del proponente, también tienen el carácter de irrevocables.

11. LA RESPONSABILIDAD POR LA RETRACTACIÓN.

Al igual que en el rompimiento abrupto de las negociaciones, se presenta una responsabilidad para el oferente que se retracte durante el plazo de validez de la oferta, valga decir entre el conocimiento de ésta por el destinatario y la fecha de expiración del término para aceptarla. De aquí surge el derecho a una acción indemnizatoria de los perjuicios probados, tal como lo mencionamos anteriormente (*supra* 4).

Constituye culpa hacer creer que uno está en condiciones de suscribir un contrato, cuando en realidad ello no es así. Quien interviene en la celebración de un acto jurídico debe obrar (*in contrahendo*) con la honestidad, la diligencia y el cuidado necesarios para que los otros no sufran perjuicios³⁶.

Mencionemos las diversas hipótesis³⁷ que se pueden presentar como causantes de perjuicios en el ciclo de las negociaciones preliminares y que originan sin duda alguna una responsabilidad extracontractual:

- a. El contrato es nulo y una de las partes conocía de la causal de invalidez pero la ocultó, inclusive así desconociere el vicio que debería conocerlo si hubiese obrado con diligencia. Es el supuesto que originara la teoría de la *culpa in contrahendo*. No podemos pensar en una responsabilidad contractual porque uno de sus requisitos es que estemos frente a un contrato válido. Hay una obligación de resarcimiento que, en materia de seguros, una vez ocurrido el siniestro entre el supuesto acuerdo y la declaratoria de nulidad, se extiende al pago de la indemnización de las pérdidas sufridas por el asegurado a consecuencia del mismo. Así como la ley castiga severamente al tomador por la declaración inexacta o reticente, aún por error inculpable, de igual manera

Sección II**EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE SEGURO.****12. LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA.**

Cuando el destinatario acepta la oferta simple y llanamente, sin condiciones y dentro del plazo de validez de la misma, nace el acuerdo a la vida jurídica. En caso de una respuesta con condicionamientos o extemporánea, se considera que hay una nueva oferta.

La oferta puede ser aceptada de manera expresa o tácita, bien sea mediante una respuesta positiva o por hechos inequívocos de ejecución del contrato propuesto. En materia de seguros serían muestras de aceptación, por ejemplo, el pago de la prima, o la inspección del vehículo establecida por el asegurador como requisito para su aseguramiento, o el diligenciamiento del formulario de lavado de activos exigido por la Superintendencia Bancaria a todo cliente vinculado por un asegurador, o la instalación de alarma dada en comodato por el asegurador.

En nuestro medio no existe la aceptación de la propuesta por el silencio o la inacción del destinatario. El oferente no puede poner a cargo del destinatario una obligación que éste no aceptaría, es decir, la obligación de responder negativamente dentro de cierto plazo. Somos libres de responder o de no responder ante una oferta de contrato³⁹.

El contrato se entiende celebrado cuando el proponente reciba la aceptación de la oferta⁴⁰ pero como resulta difícil establecer el momento preciso de esta recepción, se presume haberla recibido cuando el destinatario pruebe su remisión, es decir, cuando demuestre que envió la carta o el fax⁴¹. Esta presunción admite prueba en contrario.

No hay acuerdo si no hay concordancia entre el objeto de la aceptación y el objeto de la oferta, que como ya vimos, corresponde a los elementos esenciales del contrato de seguro. Si hay desacuerdo sobre los elementos accesorios, por

se debe imponer similar castigo al asegurador cuando dolosa o culposamente dé lugar con su actitud a la nulidad del contrato.

- b. Las negociaciones fueron iniciadas de mala fe sin el propósito de culminar en un acuerdo, en lo que se considera como un rompimiento abrupto e injustificado. La indemnización de perjuicios se fundamenta en la norma legal que rige la buena fe precontractual³⁸ y comprende tanto el daño emergente, es decir, los gastos incurridos durante esa fase por la parte perjudicada, como el lucro cesante consistente en las ganancias dejadas de percibir por no haber realizado por otro lado ese acuerdo. En seguros sería el caso del mayor valor de prima pagado a otro asegurador posteriormente. No vemos posible la indemnización por siniestro ocurrido durante esta etapa anterior al contrato, porque aún no se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades y por ende, no nace la obligación con cargo al asegurador en este sentido.
- c. Si se presentan daños o lesiones en la etapa de conversaciones preliminares, supongamos las heridas al inspector de riesgos durante la visita a las instalaciones del potencial asegurado, nos encontramos ante una obligación indemnizatoria de naturaleza extracontractual, si se cumplen los requisitos necesarios para concluir en una eventual responsabilidad.

ejemplo, la fecha de pago de la prima, el contrato está perfeccionado y nació a la vida jurídica porque hay consenso sobre lo esencial.

13. EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE SEGURO.

Asunto trascendental en materia de aseguramiento, lo constituye la determinación del momento en que se considera celebrado el acuerdo y a partir de cuándo comienza el asegurador a asumir los riesgos. Y es tan sensible el punto, que en un margen de horas o minutos se puede destruir un patrimonio sin contar aún con la cobertura esperada.

En el contrato de seguro debemos distinguir dos momentos específicos: de un lado, la celebración del acuerdo con la aceptación de la oferta, que vimos en el numeral anterior, y de otro lado, la asunción del riesgo por el asegurador que, a falta de estipulación contractual, la ley establece que comienza a la hora veinticuatro del día de perfeccionamiento del contrato⁴². Luego, si nada se pacta -como usualmente sucede- sobre el día y hora en que inicia la cobertura, el asegurado queda sin protección hasta la medianoche de la fecha de aceptación de la cotización.

Es frecuente la aceptación de la oferta e incluso con la ratificación del asegurador -directamente o por su intermediario- sobre el inicio de la cobertura en ese mismo instante. Se supone que jurídicamente el contrato ya quedó perfeccionado, pero hay un grave inconveniente de orden probatorio, porque, en caso de presentarse un siniestro inmediatamente después sin póliza expedida ni otro medio indicativo de la aceptación de la propuesta, el asegurado tendrá problema en obtener la indemnización si el asegurador se niega a aceptar el otorgamiento de la cobertura.

De ahí la necesidad de establecer de manera concisa y por escrito, el momento en que el asegurador comienza a asumir los riesgos, para evitar esos lapsos de tiempo de total desprotección.

14. LA INICIACIÓN DE LA COBERTURA.

Ya hemos visto que la cobertura puede iniciar, por voluntad de las partes, en el mismo instante del perfeccionamiento del contrato de seguro o en su defecto, a las veinticuatro horas de ese día.

Se plantea entonces la inquietud, si las partes pueden condicionar la iniciación de la cobertura a un hecho posterior, como el pago de la prima o la expedición de la póliza. Para algunos, contraría disposiciones legales⁴³, para otros, es perfectamente viable⁴⁴.

Debemos diferenciar -como lo hacen quienes apoyan la tesis- entre la vigencia formal y la vigencia técnica o material. La primera se refiere a la fecha de perfeccionamiento del contrato, la segunda al inicio de la cobertura. Nada impide que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes acuerden aplazar el comienzo de la cobertura o condicionarlo a un hecho futuro, como el pago de la prima o la expedición de la póliza. Pero es contrario a derecho, someter el perfeccionamiento del contrato a una condición diferente al consentimiento o acuerdo de voluntades, porque desvirtúa el principio de la consensualidad. Las partes pueden subordinar la cobertura al pago de la prima pero de un contrato ya perfeccionado, por cuanto el pago de la prima es una obligación incluida en su ejecución. Una estipulación contractual que condicione el perfeccionamiento del contrato de seguro al pago de la primera prima, altera su naturaleza imperativamente consensual en su intento de convertirlo en un contrato real. El contrato de seguro no es formal, de acuerdo con la ley, no se requiere solemnidad alguna para su perfeccionamiento.

En el seguro de vida existe un vacío, dado que no se establece término de pago de la primera prima y se prohíbe la posibilidad para el asegurador de exigirla judicialmente⁴⁵. Algunos han interpretado esta disposición como que el asegurador no asume riesgo alguno y no está obligado a pagar ningún siniestro si no ha recibido el pago de la prima⁴⁶. Pero esto no lo dice la norma citada, y no podemos hacer esta interpretación totalmente ajena al sentido de las palabras por razones de equidad. Las normas supletivas sobre la vigencia del riesgo y el plazo de pago

de la prima⁴⁷ hacen parte del capítulo de los principios comunes a los seguros terrestres y por ende, tienen aplicación tanto para los seguros de daños como para los seguros de personas y dentro de estos, concretamente para los seguros de vida. Luego, si no se pactó nada sobre la vigencia técnica, el asegurador asume los riesgos, y entre ellos el de muerte, a la medianoche del día de perfeccionamiento del contrato de seguro y si nada se dijo sobre la primera prima, esta deberá ser pagada dentro del mes siguiente a la fecha de entrega de la póliza al asegurado. De esta manera se le da aplicación a las dos normas supletivas, a falta de estipulación contractual, y que no pueden ser descartadas por una interpretación no debida de otras disposiciones legales.

Sección III

LA PRUEBA DEL CONTRATO

15. LA PRUEBA ESCRITA Y LA CONFESIÓN.

Nuestro legislador, preocupado por la seguridad jurídica del contrato de seguro que se ve amenazada por la consensualidad y queriendo garantizar la seriedad de la manifestación de voluntad y facilitar su demostración, estableció una prueba tasada o legal como sistema de valoración al limitar su probabilidad probatoria al documento escrito⁴⁸ o la confesión⁴⁹.

La complejidad del vínculo contractual, la permanencia en el tiempo, la cantidad de cláusulas generales y particulares con su lenguaje técnico, las implicaciones sociales, entre otros, constituyen algunos de los factores para exigir el medio escrito como el mecanismo más razonable de garantía para el desarrollo de este tipo de relación comercial⁵⁰.

Sin embargo, por las razones que más adelante analizaremos, hubiese sido más conveniente acoger la legislación argentina sobre la prueba del contrato de seguro⁵¹, que admite, además del escrito, otros medios de prueba si hay principio de prueba por escrito⁵².

Esta tasación legal de la prueba no puede considerarse opuesta al principio moderno de la sana crítica⁵³, porque no se ha establecido una limitación en la apreciación de la prueba sino que se han restringido los medios probatorios al escrito y la confesión. Algunos han llegado hasta el punto de opinar que de esta manera se llega nuevamente al régimen de la solemnidad⁵⁴.

Otros, por el contrario, lo consideran la mayor contribución al logro de la seguridad jurídica constituyendo un poderoso medio de desinfección del proceso contra los bacilos de las pruebas falaces⁵⁵. Se ha adoptado incluso una estructura con base en lo que el legislador, sin decirlo, estableció como ordenación jerárquica en la tasación de la prueba: en el cenit (hipervaluación) el documento y la confesión, y en el nadir (hipovaluación) los testigos y las presunciones. Se ve

con malos ojos en la práctica judicial todo lo que tenga que ver con estos dos últimos medios de prueba⁵⁶, mientras que el escrito tiene pocas probabilidades de manipulación como sí las puede haber en los testigos.

Muy poco hay que anotar sobre la confesión, porque es natural que si se presenta entonces no habrá controversia. Debemos precisar que para su validez, la confesión debe provenir del representante legal del asegurador mientras esté en el ejercicio de sus funciones y de otro lado, el valor casi nulo que tiene la confesión extrajudicial por el alto riesgo que representa en cuanto al grado de convicción y de certeza.

16. LA PRUEBA ESCRITA O EL PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO.

El legislador quiso subordinar la certeza del derecho a un requisito de forma: la escrita, medio que vincula el criterio del juez con la sentencia, aún con prescindencia de su convicción personal sobre otros elementos de prueba allegados proceso, exceptuando la confesión. De ahí que lo ideal hubiese sido, insistimos, una prueba instrumental (principio de prueba por escrito sumado a otro medio probatorio), incluso con carácter subsidiario si no se tiene la prueba escrita.

La oferta escrita y su aceptación por el mismo medio, sirven de prueba del contrato de seguro así no se haya expedido aún la póliza. Pero cuando tanto la oferta como su aceptación son verbales, o la oferta es escrita y su aceptación es verbal, aunque el contrato nace a la vida jurídica surge un problema de orden probatorio porque no existe el escrito en el cual conste ese acuerdo de voluntades. Debemos recurrir entonces, a los principios de prueba escrita así no exista la plena prueba de esta naturaleza según veremos a continuación.

La doctrina nacional ha sostenido que el escrito debe contener todos los elementos esenciales del contrato⁵⁷, o de lo contrario, faltando alguno (s) no puede ser considerado por el juez como una prueba válida. Sin embargo, debemos insistir en nuestras apreciaciones sobre estas exigencias que hicimos al contenido de la oferta (*supra*, 7) y que se resumen en lo siguiente: el interés asegurable se

puede obviar por disposición del artículo 1524 del Código Civil, el riesgo asegurable se puede deducir de la prima a cobrar o al menos se supone, como mínimo, el otorgamiento de los amparos básicos del ramo correspondiente (por ejemplo, hurto con violencia en sustracción, responsabilidad civil en automóviles, daño accidental en equipo electrónico o rotura de maquinaria, etc.), la obligación condicional del asegurador, obviamente, está involucrada en el objeto social de todo asegurador y de ahí que sólo la prima, en estricto sentido, sería el elemento que no debería faltar en todo documento contentivo de la oferta o que sirve de prueba sobre la existencia del contrato de seguro⁵⁸.

En concepto del ilustre maestro Antonio Rocha Alvira⁵⁹, es posible admitir el principio de prueba por escrito cuando la ley exige el escrito como *ad probationem*⁶⁰. Nuestra legislación sólo hace mención del principio de prueba por escrito en el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil y que era definido por la legislación civil ya derogada como "un acto escrito del demandado o de su representante, que no bastase para acreditar plenamente el hecho litigioso, pero que si lo hiciera verosímil"⁶¹.

El documento escrito no requiere de unidad de contexto y puede estar conformado por varios escritos de características, fechas y otorgantes diferentes, y tener entre todos el mérito para demostrar la existencia de un contrato de seguro. De esta manera, se pueden reunir la oferta escrita y el recibo de pago de la prima, o el informe de inspección y el recibo de pago de la prima, como manifestaciones de un acuerdo de voluntades y con ellos demostrar la existencia del vínculo jurídico. Incluso podríamos agregar que un principio de prueba por escrito —el recibo de pago de la prima, el informe de inspección realizado y aprobado por un funcionario del asegurador, el cumplimiento de garantías exigidas por el asegurador, etc.— acompañados de otros medios probatorios como el testimonial o los indicios que conduzcan a la plena convicción de un acuerdo entre tomador y asegurador, deben ser considerados, en su conjunto, como un medio probatorio, idóneo y suficiente.

Más que la distinción entre elementos esenciales y accidentales para sostener que el contrato se considera concluido sólo si falta alguno de estos últimos, es más seguro proceder a la distinción entre la hipótesis de que la falta de plenitud

del acuerdo se reduce a la ausencia de previsión de puntos que no requieren de una regulación específica o que pueden ser regulados por los medios ordinarios de integración contractual (normas supletorias, usos, etc.); y de la hipótesis contraria, en la que falta y no puede suplirse la disciplina de elementos que deben ser regulados por los propios contratantes, caso en el cual, sin lugar a dudas, debe considerarse el contrato como inexistente⁶².

Debemos agregar además, que los avances en la comunicación permiten la utilización de novedosos medios de mensajes de datos considerados por nuestra legislación⁶³ como idóneos y de plenos efectos jurídicos, a saber: el intercambio electrónico de datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telefax, entre otros. Esta normatividad permite la realización por vía electrónica de todos los actos que se pueden llevar a cabo en la fase contractual, tales como las negociaciones preliminares y la oferta, además, el perfeccionamiento del acuerdo y aún hasta la suscripción de la póliza, con la validez legal de la firma digitalizada del asegurador que no preste duda alguna sobre su identificación⁶⁴. Una ventaja más, es la eficacia probatoria como medio escrito de todos los mensajes de datos, con la sola condición de un contenido accesible para posterior consulta⁶⁵. Igualmente el mensaje de datos cumple con el requisito de presentación y conservación de la información en su forma original, siempre y cuando exista alguna garantía de confiabilidad sobre la conservación de su integridad y que la información pueda ser presentada a quien la requiera⁶⁶.

Sin embargo, ha de tenerse especial cuidado con la vulnerabilidad de la jurisdicción territorial cuando se contrata con aseguradores extranjeros sin asiento en el país del tomador. Estaríamos frente a una causal de desprotección del asegurado y de ahí la necesidad, no sólo de un estricto régimen de control estatal, sino también una amplia información a los tomadores en las ofertas y en las condiciones de contratación para garantizarle la cabal protección de sus derechos.

17. LA PÓLIZA COMO PRUEBA Y OTRAS UTILIDADES.

La póliza⁶⁷ perdió únicamente su característica *formal o ad solemnitatem* para el perfeccionamiento del contrato de seguro pero continúa siendo la prueba por

excelencia, la cual debe ser entregada en original al tomador dentro de los quince días siguientes a la celebración del contrato⁶⁸. Es necesaria la expedición rápida de este documento porque da seguridad jurídica a las personas involucradas con la certeza del alcance y naturaleza de sus obligaciones, cargas y derechos. Lamentablemente las cotizaciones en nuestro medio son escuetas con la indicación simple de coberturas, deducibles y prima, sin mención de exclusiones y garantías, de ahí la sorpresa de los asegurados que ven limitadas y aún hasta eliminadas las coberturas por cláusulas no advertidas desde la oferta o de ambigua interpretación. Es muy frecuente la imposición de garantías preimpresas en las condiciones generales, sin advertencia al tomador/asegurado, a pesar de la exigencia legal de su inequívoca intención de otorgarla y de funestas consecuencias en las reclamaciones por siniestro⁶⁹.

Ha cobrado fuerza la expedición de pólizas por medios electrónicos y con firma digitalizada, en razón del mercadeo masivo del seguro y la simplificación de los trámites de suscripción, modalidad sin inconvenientes desde el punto de vista de su validez jurídica, según lo anotamos anteriormente.

En caso de faltar la póliza, la ley permite acudir a los ejemplares depositados por el asegurador ante la Superintendencia Bancaria con el fin de determinar las condiciones del contrato que aparezcan expresamente pactadas. Esta es una alternativa de difícil aplicación porque, generalmente, se acuerdan condiciones particulares que no se registran en estos documentos en depósito, tales como deducibles, sublímites asegurados, valores agregados por reclamo y por vigencia, cláusulas de restablecimiento automático por siniestro, amparos de automaticidad para nuevos bienes, etc., etc. Por ello, reiteramos, la necesidad de una pronta y correcta expedición de las pólizas por parte de los aseguradores, tarea que no se cumple con la oportunidad y calidad deseadas.

Si la póliza se destruye o extravía, la ley faculta al tomador, asegurado o beneficiario para solicitar del asegurador una copia o duplicado de la misma⁷⁰. Se eliminó así uno de los inconvenientes que surgían de la solemnidad del contrato de seguro, y era la dificultad en sustituir la póliza como el requisito indispensable para el perfeccionamiento del contrato.

Algunos autores sostienen que al perder el contrato de seguro su solemnidad de la póliza, es decir, al eliminarse como requisito para su perfeccionamiento, ya no debe ser tenido en cuenta el plazo que contempla el artículo 1066 del Código de Comercio para el pago de la prima (un mes a partir de la entrega de la póliza)⁷¹. Su fundamento radica en la consensualidad que genera obligaciones inmediatas para el asegurador y no es justo ampliar el plazo para el recaudo de la prima. No encontramos asidero para esta interpretación porque el citado artículo no ha sido modificado, se trata de una norma supletiva de tal manera que tiene primacía la estipulación entre asegurador y tomador y si al primero le parece excesivo el plazo legal, puede convenir su reducción y, por último, si el plazo se hace extiende por la demora en la expedición y entrega, se trata de un hecho atribuible al mismo asegurador. De tal modo, que no consideramos legal ni lógico, que a falta de estipulación contractual, sea dable cambiar el plazo supletivo legal de un mes a partir de la entrega de la póliza, por el de un mes a partir del perfeccionamiento del acuerdo.

18. LA PRUEBA DE LAS MODIFICACIONES AL CONTRATO Y DE LAS GARANTÍAS.

Se han establecido varias opciones de prueba dependiendo de si se trata de elementos esenciales o no esenciales del contrato, o de prórrogas, o de renovaciones, o de garantías⁷².

Consideramos que toda modificación al contrato, refiérase o no a sus elementos esenciales, así como sus prórrogas o renovaciones, entendiéndose las primeras como una extensión de vigencia por unos pocos días o meses, y las segundas como un nuevo período anual de vigencia posiblemente con nuevas condiciones, son consensuales pero con la limitación probatoria del escrito o la confesión. Aunque faltó el señalamiento expreso en este sentido en la ley 389 de 1997, es la interpretación más lógica y acorde con los fines prácticos que persigue este requisito *ad probationem*, cual es, la seguridad jurídica en el desarrollo de un contrato complejo y fuente permanente de controversias. No es posible que una cláusula de automaticidad de amparo o de deducibles o de aumento de

valor asegurado, de suma importancia en el análisis y liquidación de un reclamo, pueda ser excluida, dada su naturaleza, de la obligatoriedad de la prueba escrita. Ello sería una contradicción con los fines de la normatividad reciente.

Sobre las garantías, como el legislador no modificó el artículo 1061 del Código de Comercio que establece su inclusión en la póliza o en anexo a ella, se mantiene este requisito. Frecuentemente encontramos en las pólizas y en sus cláusulas generales, las exigencias de celadores, alarmas, marcación de vehículos, horario diurno para el transporte, tarjeta de propiedad a nombre del asegurado, equipos de rastreo satelital, etc., que no fueron acordadas con el asegurado y desconocidas por él, limitando o eliminando su derecho indemnizatorio por siniestro. Debería ser objeto de una disposición legal o, al menos, costumbre de los aseguradores mientras ello ocurre, la estipulación en escrito separado y firmado tanto por el asegurador como por el asegurado, de toda garantía porque constituye una obligación que debe obedecer a la voluntad expresa de éste último.

Cuando se presenta la renovación del contrato de seguro para una nueva vigencia – anual comúnmente- y en muchas ocasiones sólo se da mediante un anexo simple que indica la iniciación de un nuevo período de cobertura, consideramos que todas las condiciones generales y particulares del contrato, incluyendo las garantías y modificaciones anteriores, mantienen su vigencia. Así ha de entenderse la voluntad de las partes de mantener la relación contractual y en consecuencia, las variaciones hacia el futuro han de ser pactadas nuevamente. Luego, se pueden probar las condiciones del vínculo con la póliza inicial y sus anexos de modificación así correspondan a vigencias anteriores, siempre y cuando se haya mantenido la continuidad del contrato.

19. LA DIVERGENCIA ENTRE EL ACUERDO PRELIMINAR Y LA PÓLIZA.

En muchas ocasiones se presenta divergencia entre la voluntad del asegurado al aceptar la oferta y el texto de la póliza expedida con posterioridad, en razón, muchas veces, de los términos escuetos de la propuesta. Generalmente en la cotización no se relacionan los eventos excluidos de cobertura, ni las garantías,

Algunos autores sostienen que al perder el contrato de seguro su solemnidad de la póliza, es decir, al eliminarse como requisito para su perfeccionamiento, ya no debe ser tenido en cuenta el plazo que contempla el artículo 1066 del Código de Comercio para el pago de la prima (un mes a partir de la entrega de la póliza)⁷¹. Su fundamento radica en la consensualidad que genera obligaciones inmediatas para el asegurador y no es justo ampliar el plazo para el recaudo de la prima. No encontramos asidero para esta interpretación porque el citado artículo no ha sido modificado, se trata de una norma supletiva de tal manera que tiene primacía la estipulación entre asegurador y tomador y si al primero le parece excesivo el plazo legal, puede convenir su reducción y, por último, si el plazo se hace extender por la demora en la expedición y entrega, se trata de un hecho atribuible al mismo asegurador. De tal modo, que no consideramos legal ni lógico, que a falta de estipulación contractual, sea dable cambiar el plazo supletivo legal de un mes a partir de la entrega de la póliza, por el de un mes a partir del perfeccionamiento del acuerdo.

18. LA PRUEBA DE LAS MODIFICACIONES AL CONTRATO Y DE LAS GARANTÍAS.

Se han establecido varias opciones de prueba dependiendo de si se trata de elementos esenciales o no esenciales del contrato, o de prórrogas, o de renovaciones, o de garantías⁷².

Consideramos que toda modificación al contrato, refiérase o no a sus elementos esenciales, así como sus prórrogas o renovaciones, entendiéndose las primeras como una extensión de vigencia por unos pocos días o meses, y las segundas como un nuevo período anual de vigencia posiblemente con nuevas condiciones, son consensuales pero con la limitación probatoria del escrito o la confesión. Aunque faltó el señalamiento expreso en este sentido en la ley 389 de 1997, es la interpretación más lógica y acorde con los fines prácticos que persigue este requisito *ad probationem*, cual es, la seguridad jurídica en el desarrollo de un contrato complejo y fuente permanente de controversias. No es posible que una cláusula de automaticidad de amparo o de deducibles o de aumento de

valor asegurado, de suma importancia en el análisis y liquidación de un reclamo, pueda ser excluida, dada su naturaleza, de la obligatoriedad de la prueba escrita. Ello sería una contradicción con los fines de la normatividad reciente.

Sobre las garantías, como el legislador no modificó el artículo 1061 del Código de Comercio que establece su inclusión en la póliza o en anexo a ella, se mantiene este requisito. Frecuentemente encontramos en las pólizas y en sus cláusulas generales, las exigencias de celadores, alarmas, marcación de vehículos, horario diurno para el transporte, tarjeta de propiedad a nombre del asegurado, equipos de rastreo satelital, etc., que no fueron acordadas con el asegurado y desconocidas por él, limitando o eliminando su derecho indemnizatorio por siniestro. Debería ser objeto de una disposición legal o, al menos, costumbre de los aseguradores mientras ello ocurre, la estipulación en escrito separado y firmado tanto por el asegurador como por el asegurado, de toda garantía porque constituye una obligación que debe obedecer a la voluntad expresa de éste último.

Cuando se presenta la renovación del contrato de seguro para una nueva vigencia – anual comúnmente- y en muchas ocasiones sólo se da mediante un anexo simple que indica la iniciación de un nuevo período de cobertura, consideramos que todas las condiciones generales y particulares del contrato, incluyendo las garantías y modificaciones anteriores, mantienen su vigencia. Así ha de entenderse la voluntad de las partes de mantener la relación contractual y en consecuencia, las variaciones hacia el futuro han de ser pactadas nuevamente. Luego, se pueden probar las condiciones del vínculo con la póliza inicial y sus anexos de modificación así correspondan a vigencias anteriores, siempre y cuando se haya mantenido la continuidad del contrato.

19. LA DIVERGENCIA ENTRE EL ACUERDO PRELIMINAR Y LA PÓLIZA.

En muchas ocasiones se presenta divergencia entre la voluntad del asegurado al aceptar la oferta y el texto de la póliza expedida con posterioridad, en razón, muchas veces, de los términos escuetos de la propuesta. Generalmente en la cotización no se relacionan los eventos excluidos de cobertura, ni las garantías,

ni los plazos de pago de primas, ni los requisitos para el perfeccionamiento de los reclamos, entre otros.

Sobre estas diferencias, se puede dar una de estas dos hipótesis:

- Si existe una discordancia entre el acuerdo inicial y la póliza, debe primar la estipulación preliminar porque es fruto del consentimiento de las partes, es la manifestación de la voluntad real o interna, así conste en la póliza una cláusula opuesta que no haya merecido un pronunciamiento del asegurado⁷³. Hay que hacer la salvedad, en caso de que la condición en la póliza sea de mayor ventaja para el asegurado que la acordada inicialmente, se impone aquella por la aplicación interpretativa en su beneficio que es característica en los contratos de adhesión, como lo es el seguro. Para algunos sería conveniente en nuestro país una norma similar a la existente en la legislación argentina⁷⁴, que fija un término de un mes para que el tomador/asegurado reclame por las diferencias entre el texto de la póliza y el contenido de la propuesta, y transcurrido este plazo se considera que aprueba el primero de ellos. La aceptación se presume sólo si el tomador es advertido sobre este derecho mediante cláusula inserta en el anverso de la póliza. Pero sucede que la doctrina argentina no está de acuerdo con esta norma y considera la citada cláusula como antifuncional y abusiva y el propósito de advertencia al asegurado no se cumple si las modificaciones no se individualizan⁷⁵.
- Si hay condiciones onerosas en la póliza y en la propuesta no se hizo mención de ellas, se debe determinar si existe norma legal supletiva o cláusula similar en las condiciones de la póliza depositadas en la Superintendencia Bancaria y si es una estas últimas es de mayor beneficio para el asegurado, se le debe dar aplicación dejando sin efecto la cláusula de la póliza expedida. Sería el caso, por ejemplo en cuanto a las normas supletivas, lo referente al plazo para el pago de la prima o de la iniciación de vigencia de la cobertura o de la exigencia de requisitos para el perfeccionamiento del reclamo.

Vale la pena resaltar la acogida que ha tenido la doctrina de las expectativas razonables de los adherentes que surgió en Estados Unidos hacia 1970 con KEETON, aplicada inicialmente a los conflictos de los seguros y extendida luego a

todos los contratos de adhesión y que se resume en el siguiente contenido: *"Las expectativas objetivamente razonables de los tomadores y potenciales beneficiarios acerca de los términos de contratos de seguro serán cumplimentadas incluso cuando un penoso estudio de las provisiones de la póliza habría negado dicha expectativa"*⁷⁶. Esta doctrina nace de antecedentes jurisprudenciales en la solución de conflictos de seguros, originados en el rechazo de cláusulas de pólizas que, en el sentir del tomador/asegurado, no fueron discutidas, acordadas ni deseadas por él, o para resolver las ambigüedades u oscuridades en las condiciones de las pólizas. La tesis ha sido recogida por el derecho español y continental –no sin pocos críticos– y de alguna manera por la Directiva europea en materia de condiciones generales de contratación y defensa de consumidores y usuarios⁷⁷.

Finalmente, debemos anotar que la responsabilidad que se genera por el incumplimiento del acuerdo inicial al ser desconocido en el clausulado de la póliza es de naturaleza contractual, dado que el contrato ya surgió a la vida jurídica y no se da la constancia de todas sus condiciones en la póliza. Sería distinto, para ser calificado ese incumplimiento como de tipo extracontractual, si la póliza fuese aún, como lo fue durante tantísimos años, el requisito *ad solemnitatem* para el perfeccionamiento del contrato. Aquí ya el acuerdo verbal sólo hace parte de las conversaciones preliminares y en consecuencia tiene preferencia la estipulación en la póliza, salvo que se pueda probar y cuestión difícil por cierto, por vía extracontractual, que en las tratativas el asegurador aceptó la asunción del riesgo en condiciones diferentes a las que aparecen luego en el documento escrito.

Sección IV**LA INTERVENCIÓN DEL INTERMEDIARIO DE SEGUROS.****20. EL PAPEL DEL INTERMEDIARIO DE SEGUROS.**

El intermediario de seguros ha jugado durante el último siglo un papel preponderante en el desarrollo y crecimiento de la actividad aseguradora nacional, hasta el punto de que la mayoría de los negocios de seguros se realiza con su intervención. Su tarea consiste no sólo en el acercamiento de las partes para lograr su vinculación jurídica y comercial, sino que además, le corresponde la asesoría profesional durante la ejecución contractual, para una adecuada protección del patrimonio del asegurado y la oportuna y equitativa indemnización en caso de siniestro.

Aunque no existe disposición legal que obligue a la contratación de seguros con la participación de un intermediario de seguros, es ese el deseo del asegurador y del tomador/asegurado porque su asesoría técnica es vital para los fines de ambos. Las tareas de cotización, facturación, recaudo, modificaciones, reclamaciones, avisos de vencimiento, renovaciones, entre otras, corresponden normalmente al rol del intermediario, que se convierte en un agente mediador de confianza para las partes. En la práctica no existe ni puede existir una compañía de seguros sin agentes. Ellos son los productores del seguro, los que en busca de los asegurados crean la clientela de las entidades aseguradoras, dan a conocer los planes y las pólizas al público en general y los que, con su dedicación y trabajo, conservan los contratos logrados⁷⁸.

21. LA NATURALEZA DE LA INTERMEDIACIÓN DE SEGUROS.

Existen en nuestro país cuatro clases de intermediarios de seguros: 1) el agente dependiente, vinculado a un asegurador mediante contrato de trabajo, 2) el agente independiente, también persona natural, con relación comercial con uno o varios aseguradores, 3) la agencia, sociedad colectiva, comandita simple o de

responsabilidad limitada, que representa, por contrato comercial, a uno o varios aseguradores, y 4) el corredor de seguros, sociedad anónima, facultado para ofrecer y promover los productos de todos los aseguradores que operan en el mercado nacional.

La ley dispone que los agentes y las agencias de seguros son representantes de los aseguradores y que éstos responderán solidariamente por la actividad que aquellos realicen de acuerdo con la delegación que la ley y el contrato les hayan otorgado⁷⁹. Estamos ante una representación legal con unas facultades mínimas para la agencia de seguros, a saber: recaudar primas, inspeccionar riesgos, intervenir en salvamentos y promover la celebración de contratos de seguro⁸⁰, mientras que para los agentes no se señalan facultades específicas y en su definición se establece que promueven la celebración de contratos de seguro y su renovación⁸¹.

Con base en estas determinaciones legales se ha tratado de limitar el alcance de la representación legal, y por ende la responsabilidad que adquieren los aseguradores por las actuaciones de sus agentes y agencias, sobre la base de que la mencionada representación sólo tiene cabida con respecto a las facultades que le concede la ley⁸². Opinamos que la representación es mucha más amplia porque las facultades indicadas son las mínimas y en la práctica se les conceden, expresa o tácitamente, otras atribuciones, como el uso de cotizadores e instructivos sobre políticas de suscripción para ofrecer productos, simplificando el trámite de perfeccionamiento de contratos de seguro.

Con respecto a los corredores de seguros, la ley excluye expresamente la representación, mandato, dependencia o colaboración de los aseguradores⁸³, pero a pesar de ello, se da en ellos la figura de la representación aparente⁸⁴, porque es usual que realicen, con la aquiescencia de los aseguradores, labores de cotización, aceptación de riesgos, expedición delegada, recaudo de primas, inspección de riesgos, entre otras, que crean en el asegurado la idea de contratar con un verdadero representante del asegurador. Igual sucede con las facultades conferidas tácitamente a los agentes y agencias de seguros, que dan lugar también a una representación aparente. La tendencia en el tema de la representación aparente de los productores de seguros, ha sido la de reconocer dicha

representación cuando el productor actúa a la vista de los asegurados con la tolerancia del asegurador, en el ejercicio de actos en los cuales no tenía facultades explícitas⁸⁵. Obviamente contamos con la "buena fe-creencia" del tomador/asegurado, quien obró y confió de manera normal, razonable y exento de toda culpa. Pero si por el contrario, conoció o debió o pudo conocer las limitantes del intermediario, el asegurador no está obligado por las actuaciones del intermediario de seguro.

Los intermediarios de seguros, en las diferentes categorías que hemos señalado, constituyen en sus relaciones con las aseguradoras contratos atípicos, con la salvedad del agente dependiente que se rige por la legislación laboral con las implicaciones civiles de la responsabilidad del asegurador por los actos de los dependientes. La ley, al igual como lo ha hecho con muchas otras actividades, profesiones u oficios, ha intervenido la actividad de la aseguradora y de los intermediarios, sin que esto suponga una regulación específica de los contratos que estos celebren; y sin que las normas expedidas a ese respecto sean incompatibles con los contratos que celebren quienes se dedican a dichos oficios, profesiones o actividades, justamente en desarrollo de estas⁸⁶.

Cuando la limitación se refiera al poder de contratar y dicha restricción no es ni ha sido conocida por el asegurado, la propuesta de seguro aceptada por el intermediario hace perfecto el contrato, sin que el exceso incurrido por éste sea oponible al asegurado⁸⁷.

En conclusión, a la luz de la ley, los agentes dependientes e independientes —ya que no se discrimina— y las agencias son representantes del asegurador y en consecuencia le comprometen en sus actuaciones inherentes a su oficio u objeto social, siempre y cuando, el tomador/asegurado haya actuado de buena fe exenta de culpa, ya sea porque obran en ejercicio de las facultades mínimas que le confiere la ley o por mandato expreso o tácito en sus demás funciones e incluso con aplicación de la representación aparente. En los corredores de seguros, si bien no son representantes del asegurador por definición legal, se aplica también, si se dan las condiciones de la buena fe exenta de culpa y las operaciones normales y razonables, la figura de la representación aparente. Como consecuencia, la

recepción de información, la aquiescencia, las ofertas y su aceptación compromete la responsabilidad del asegurador.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri Rodríguez, Arturo, *De los contratos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Asociación Mexicana de Seguros y Fianzas. Tendencias de la intermediación en el siglo XXI, *Revista iberoamericana de seguros* 2002; (17): 123-144.
- Baena Upegui, Mario, *De las obligaciones en derecho civil y comercial*, Bogotá, Legis, 2002.
- Ballesteros Garrido, José Antonio, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1999.
- Barrera Tapias, Carlos Darío. La formación del consentimiento en el contrato de seguros. *Evolución y perspectivas del contrato de seguro en Colombia (1971-2001)*, Bogotá, Acoldece, 2001: 1-10.
- Cubides Camacho, Jorge, *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Profesores 3, 1999.
- De Greiff Restrepo Gustavo. Las garantías en el derecho de seguros. *Ensayos sobre seguros. Homenaje al doctor J. Efrén Ossa G.* Bogotá, Fasecolda, 1992.
- Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol 1, Madrid, Civitas, 1996.
- Fasecolda-Fides, *El contrato de seguros, legislación vigente, Argentina, Bolivia, Brasil y otros*, Bogotá, Fasecolda, 1999.
- Halperin, Isaac, *Lecciones de seguros*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- Larroumet, Christian, *Teoría general del contrato*, vol. 1, Bogotá, Temis, 1999.
- López Blanco, Hernán Fabio, *Contrato de seguro*, Bogotá, Dupré Editores, 1999.
- Mejía Martínez, Carmenza. El seguro sobre la vida. *Evolución y perspectivas del contrato de seguro en Colombia (1971-2001)*, Bogotá, Acoldece, 2001: 305-320.
- Morandi, Juan Carlos Félix, Marco normativo del productor de seguros en el siglo XXI. *Revista iberoamericana de seguros* 1995; (6): 19-40.
- Muñoz Sabaté, Luis, *Técnica probatoria*, Bogotá, Temis, 1997.
- Ordóñez Ordóñez, Andrés, *El contrato de seguro*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Temis, 2000.
- Ossa, J. Efrén, *Teoría general del seguro. El contrato*, Bogotá, Temis, 1984.
- Rocha Alvira, Antonio, *De la prueba en derecho*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dík, 1990.
- Scognamiglio, Renato, *Teoría general del contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991.
- Stiglitz, Rubén S, *Derecho de seguros*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.

Stiglitz, Rubén S, *Contratos Teoría general*, vol. 2, Buenos Aires, Depalma, 1993.

Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, t. 1, Bogotá, Temis, 1999.

Vivas Díaz, Gabriel Jaime. *Implicaciones de la consensualidad en las normas que rigen el contrato de seguro en Colombia*. Revista iberolatinoamericana de seguros 2001, (16): 7-55.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Rubén S. Stiglitz, *Derecho de Seguros*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª. Ed., 2001, p. 291.
- 2 *Ibid.*, p. 292
- 3 Artículo 1058 del Código de Comercio.
- 4 Stiglitz evita calificarlo como una obligación porque el perjudicado carece del medio de ejecución forzosa de la conducta debida.
- 5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 6825 de abril 11 de 2002. M. P. Jorge Santos Ballesteros.
- 6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 4923 de mayo 19 de 1999. M. P. José Fernando Ramírez Gómez. De igual manera se expresa esa Corporación en sentencia N° 6146 de agosto 2 de 2001. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- 7 Artículo 863 del Código de Comercio.
- 8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 239 de junio 27 de 1990. M.P. Pedro Lafont Pianetta y en igual sentido se pronuncia en las sentencias N° 424 de noviembre 23 de 1989, M. P. José Alejandro Bonivento, y N° 4473 de marzo 8 de 1995, M. P. Pedro Lafont Pianetta. En la doctrina comparten el mismo criterio Carlos Darío Barrera. "La formación del consentimiento en el contrato de seguros", en: *Evolución y perspectivas del contrato de seguro en Colombia (1971-2001)*, Bogotá, Acoldece, 2001, p. 2.; José Ignacio Narváez García, *Obligaciones y contratos mercantiles*, Bogotá, Legis, 2002, p. 117. Sin embargo, Javier Tamayo Jaramillo es de la opinión de que la víctima puede cobrar todos los daños incluido el lucro cesante y en materia de seguros, afirma "si el asegurador es responsable frente al solicitante del seguro, este tendrá derecho a cobrar no sólo los gastos en que incurrió tratando de celebrar el negocio, sino también el valor de la cobertura, es decir, podrá cobrar lo que le pertenecería si el contrato se hubiera celebrado". *De la responsabilidad civil*, t.I, Bogotá, Temis, 1999, p. 72.
- 9 Establecida por IHERING a finales del siglo XIX.
- 10 Christian Larroumet. *Teoría general del contrato*, vol. I, Bogotá, Temis, reimpresión, 1999, p. 185.
- 11 Artículo 1058 del Código de Comercio.
- 12 R. Stiglitz, *Op. cit.*, p. 295
- 13 Alessandri Rodríguez distingue la oferta de la proposición y asimila ésta última a las negociaciones preliminares o los acuerdos preparatorios o los *pourparlers*. *De los contratos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 86.
- 14 Artículo 845 del Código de Comercio.
- 15 Jorge Cubides Camacho, *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 4ª. ed., 1999, p. 173
- 16 Andrés Ordóñez sigue a Antigono Donati en la idea de que la oferta usualmente proviene del tomador, porque en la mayoría de los casos hay una contraoferta a la cotización del asegurador. *El contrato de seguro. Ley 389 de 1997 y otros estudios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 29
- 17 R. Stiglitz, *Op. cit.*, p. 302
- 18 Artículo 846 del Código de Comercio.
- 19 J. Cubides, *Op. cit.*, p. 173.
- 20 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Temis, 6ª ed., 2000, p. 147.
- 21 C. D. Barrera, *Op. cit.*, p. 5

- 22 Artículo 1045 del Código de Comercio.
- 23 Artículo 1524 del Código Civil.
- 24 C. D. Barrera, *Op. cit.*, p. 6
- 25 Aunque Luis Diez-Picazo hace referencia a la validez de los precios implícitos e incluso la posibilidad de contratos sin precio en el artículo 212 Código Suizo, en el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos y en el artículo 55 del Convenio de Viena, vacío que se suple con los precios del día en el domicilio contractual, con la fijación unilateral posterior de buena fe o con el precio generalizado, respectivamente. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, Editorial Civitas, 5ª edición, 1996, p. 287.
- 26 A la luz del artículo 1501 del Código Civil.
- 27 Artículo 846 del Código de Comercio.
- 28 Ospina Fernández se empeña en hacer la distinción entre la obligatoriedad de la oferta de la escuela moderna alemana y su falta de obligatoriedad de la escuela clásica francesa, cuando en el fondo la controversia se centra en la eficacia de los actos unipersonales y su negación, respectivamente. Aceptan la irrevocabilidad de la oferta una vez comunicada tanto C. Larroumet, *Op. cit.*, p. 73., como R. Stiglitz, *Op. cit.*, p. 306.
- 29 Así lo considera la Corte Suprema de Justicia en las sentencias citada en el pie de página N° 5.
- 30 Ospina Fernández insiste sin embargo, en la acción de ejecución coactiva y afirma que la acción indemnizatoria por los perjuicios que contempla el artículo 846 del Código de Comercio, es un defecto de redacción y debe interpretarse como una opción subsidiaria, sin excluir la acción de cumplimiento. *Op. cit.*, p. 156.
- 31 Artículo 850 del Código de Comercio.
- 32 Si las partes no hacen uso de la facultad de fijación del plazo convencional que consagra el artículo 853 del Código de Comercio, se aplica entonces la norma supletiva -artículo 853 *Ibid.*- que lo determina en seis días.
- 33 Artículos 851 y 852 del Código de Comercio.
- 34 Aunque el término *policitación*, de origen latino, significa propuesta de celebrar un contrato dirigido a una persona a cuya aceptación está sometida. C. Larroumet, *Op. cit.*, p. 186.
- 35 Artículo 847 del Código de Comercio.
- 36 G. Ospina Fernández, *Op. cit.*, p. 109.
- 37 Aquí seguimos en parte a Diez-Picazo, *Op. Cit.*, pp. 276-277.
- 38 Artículo 863 del Código de Comercio.
- 39 C. Larroumet, *Op. cit.*, p. 201
- 40 Artículo 864 del Código de Comercio.
- 41 Se trata de una copia inapropiada del código civil italiano, donde se entiende que la oferta escrita es comunicada cuando el destinatario se entera de su contenido y ello se presume al momento de la recepción.
- 42 Artículo 1057 del Código de Comercio.
- 43 A. Ordóñez considera violatorios de la norma imperativa que define la naturaleza del contrato los pactos que condicionan la existencia del contrato o suspenden su vigencia hasta la fecha de pago de la prima". *Op. cit.*, pp. 39-40.
- 44 R. Stiglitz, *Op. cit.*, p. 129 y C. D. Barrera. *Op. cit.*, p. 10
- 45 Artículo 1151 del Código de Comercio.
- 46 Carmenza Mejía Martínez, "El seguro sobre la vida", en: *Evolución y perspectivas del contrato de seguro en Colombia (1971-2001)*, Bogotá, Acoldece, 2001, p. 307 y J. Efrén Ossa, *Teoría general del seguro. El contrato*, Bogotá, Temis, 1984, p. 104.
- 47 Artículos 1057 y 1066 del Código de Comercio
- 48 Suena redundante pero es necesaria esta determinación, porque de acuerdo con el artículo 251 de Código de procedimiento Civil, el escrito es sólo una de las especies del género documental, del cual hacen parte además, los impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones, entre otros, pero sólo se autorizó al escrito como medio idóneo -con la confesión- para probar la existencia del contrato de seguro.
- 49 Inclusive el proyecto inicial presentado al Congreso no fijaba ninguna limitación probatoria.

- 50 El artículo 1578 del Código de Comercio también restringe a la prueba escrita el contrato de transporte marítimo de personas y de cosas.
- 51 Ley 17.418, artículo 11.
- 52 Es lo que se conoce como *prueba instrumental* contemplada también para el contrato de seguro en las legislaciones de Bolivia y Guatemala. Tal como quedó redactado en nuestra ley mercantil está también plasmado en la legislación mexicana. La nueva ley del contrato de seguro de Venezuela (decreto 1505 de octubre 30 de 2001) establece en su artículo 14 la libertad probatoria, aún con el solo documento que acredite el pago de prima.
- 53 Contemplado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil.
- 54 Hernán Fabio López Blanco, *Contrato de seguro*, Bogotá, Dupre Editores, 3ª ed., 1999, p. 36.
- 55 Así se expresa Carnelutti, citado por Luis Muñoz Sabaté, *Técnica probatoria*, Bogotá, Temis, 1997, p. 87. Carnelutti deseaba fomentar la plasmación documental como una costumbre *ad probationem causam*
- 56 L. Muñoz Sabaté, *Op. cit.*, p. 89
- 57 A. Ordóñez, *Op. cit.*, p. 14 y H. F. López Blanco, *Op. cit.*, p. 39.
- 58 Y eso que los aseguradores tienen sus tarifas previamente establecidas para cada ramo y las tasas son estándares, lo cual permitiría conocer con posterioridad al acuerdo en el que no se menciona la prima, su cuantía sobre la base de los cotizadores con que cuentan los aseguradores.
- 59 Citado en sentencia de mayo 25 de 1990 de la Corte Suprema de Justicia, M. P. Eduardo García Sarmiento, transcrita parcialmente por A. Ordoñez, *Op. cit.*, p. 20.
- 60 Dice el ilustre tratadista que "cuando el escrito se exige *ad probationem*, el acto o contrato es válido sin necesidad de él, y entonces la ley admite otras pruebas como son la confesión del obligado y el principio de prueba por escrito". Antonio Rocha Alvira, *De la prueba en derecho*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1990, p. 420.
- 61 Artículo 91 de la ley 153 de 1887.
- 62 Renato Scognamiglio, *Teoría general del contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 124.
- 63 Ley 527 de 1999 que acogió el modelo de ley sobre comercio electrónico que adoptó la Comisión de la Naciones Unidas en 1996 para el desarrollo del comercio mercantil internacional.
- 64 Artículo 7 de la ley 527 de 1999.
- 65 Artículos 5 y 10 de la ley 527 de 1999.
- 66 Artículos 8 y 9 de la ley 527 de 1999.
- 67 Etimológicamente deriva del latín *apodexta* que significa un documento que sirve para demostrar la existencia de un contrato mercantil, ese es su concepto verdaderamente jurídico.
- 68 Artículo 1046 del Código de Comercio.
- 69 La garantía en el contrato de seguro es un interesante tema, de mucha profundidad y aplicación frecuente pero de escaso análisis en la jurisprudencia y doctrina. El único estudio que conocemos es de Gustavo De Greiff, "Las garantías en el derecho de seguros" en: *Ensayos sobre seguros. Homenaje al doctor J. Efrén Ossa G.* Bogotá, Fasescolda, 1992.
- 70 Párrafo del artículo 1046 del Código de Comercio. Es importante este derecho especialmente para la víctima en el seguro de responsabilidad civil que tiene el carácter de beneficiaria.
- 71 Entre ellos, C. D. Barrera, *Op. cit.*, p. 9. y Gabriel Jaime Vivas Díaz, "Implicaciones de la consensualidad en las normas que rigen el contrato de seguro en Colombia ley 389 de 1997", en: *Revista iberolatinoamericana de seguros*, N° 16, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001, p. 48
- 72 Véase A. Ordóñez, *Op. cit.*, pp. 23-28 y 41-45; H. F. López, *Op. cit.*, pp. 43-45 y a G. J. Vivas, *Op. cit.*, pp. 32-33.
- 73 Este es el criterio de A. Ordóñez con el argumento de la prioridad de la expresión real de la voluntad frente al texto de la póliza. *Op. cit.*, p. 46.
- 74 Artículo 12 de la Ley de Seguros.
- 75 Así se pronuncian R. Stiglitz e I. Halperin citado por R. Stiglitz. *Op. cit.*, p. 426.

- 76 R.E.KEETON citado por José Antonio Ballesteros Garrido, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1999, p. 167.
- 77 Es interesante el estudio que sobre esta doctrina realiza Ballesteros Garrido en su tesis doctoral, *Op. cit.*, En aras de la brevedad transcribimos sólo un aparte atinente a las condiciones generales de las pólizas, que queremos resaltar por su importancia jurídica así como por su común ocurrencia: "Pero la práctica comercial de las compañías aseguradoras hace que estas cláusulas (se refiere a las exclusiones de cobertura) estén ocultas en el condicionado general, en un mar de cláusulas con finalidades dispares que se extienden en ocasiones durante decenas de páginas y con un lenguaje técnico, inasequible a la generalidad de sus destinatarios, sin ninguna referencia a ellas en la póliza de seguro, donde se indica cuál es el riesgo cubierto, con lo que se frustran las expectativas contractuales de los asegurados, privándoles de indemnización en supuestos que creían razonablemente que estaban cubiertos. Es decir, en la póliza, documento contractual por excelencia, aparece descrito el riesgo cubierto por las llamadas "condiciones particulares" (aunque es discutible que realmente sean particulares, ya que habitualmente aparecen también impresas, y la única opción del adherente es indicar cuáles de las opciones o suplementos existentes desea contratar); pero esa descripción del riesgo aparece después severamente restringida en las condiciones generales, sin ninguna advertencia al respecto en la póliza, con lo que existe una contradicción entre ambos textos. Obviamente el asegurador pretenderá aplicar la configuración restrictiva del riesgo recogida en el clausulado general, con lo que las expectativas del asegurado, basadas en el texto de las "condiciones particulares" quedan frustradas". *Op. cit.*, p. 38.
- 78 "Tendencias de la intermediación en el siglo XXI". Ponencia de la Asociación Mexicana de Seguros y Fianzas en el VII Congreso Internacional de Seguros, en: *Revista iberolatinoamericana de seguros*, N° 17, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002, p. 129.
- 79 Así lo dispone el artículo 101, inciso 2º de la ley 510 de 1999. Adicionalmente, el artículo 41 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece que "la agencia representa a una o varias compañías en un determinado territorio".
- 80 Artículo 42 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
- 81 *Ibíd.*, Artículo 41.
- 82 En este sentido se pronuncian A. Ordóñez. *Op. cit.*, pp. 31-37 y 53-84. y J. E. Ossa citado por A. Ordóñez. *Op. cit.*, p. 32.
- 83 Artículo 1340 del Código de Comercio.
- 84 *Ibíd.*, artículo 842.
- 85 Juan Carlos Félix Morandi, "Marco Normativo del Productor de Seguros en el siglo XXI", en: *Revista iberolatinoamericana de seguros*, N° 6, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1995, p. 29. En igual sentido Isaac Halperin, *Lecciones de seguros*, Buenos Aires, Depalma, 8ª reimpression, 1997, p. 32.
- 86 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia N° 5817 de octubre 22 de 2001. M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.
- 87 R. Stiglitz, *Op. cit.*, p. 323 y agrega transcribiendo a Rodríguez Zabala: "En el Derecho va cobrando cada vez más importancia la apariencia jurídica, la buena fe, la estabilidad de los derechos para evitar discusiones sobre la validez de los contratos o cláusulas reservadas entre mandante y mandatario" y continúa: "Como juez, muchas veces me vi ante ingenuos asegurados que tenían que enfrentarse a empresas que negaban facultades a sus agentes, pero que, consciente o inconscientemente, los dejaban obrar".

DE LO PÚBLICO A LO PRIVADO

EL ENCUENTRO ENTRE INSTITUCIÓN E INDIVIDUO

CRISTINA DÍAZ¹
CÉSAR AUGUSTO PEÑA²

9. DE LO PÚBLICO A LO PRIVADO
AUTOR: CRISTINA DÍAZ – CÉSAR AUGUSTO PEÑA
DIRECCIÓN: Facultad de Derecho UNAB
FECHA DE RECEPCIÓN: 11/06/2004

DESCRIPTORES: Cultura, sociedad, Colombia, leyes, lenguaje

RESUMEN: Una visión estructural de la cultura que expresa y que contiene una sociedad, implica su comprensión y análisis como unidad de producción cultural antes que por sus productos particulares, como lo pueden ser el mito, la religión, el arte, el lenguaje, la ciencia y las leyes, que no son otra cosa que variaciones sobre el mismo tema y que constituyen un reflejo de la sociedad que los produce

KEY WORDS: Culture, society, Colombia, laws, language
ABSTRACT: A structural vision of the culture that expresses and that contains a society, implies its understanding and analysis like unit of cultural production before by its particular products, like it can be the myth, the religion, the art, the language, science and the laws, that are not another thing that variations on the same subject and that constitute a reflection of the society that produces them

La interdisciplinariedad y la multiculturalidad, son términos frecuentemente empleados actualmente para referirse a equipos o a grupos humanos, en donde es necesario reconocer la importancia de la intervención de un variado grupo de actores que aporten desde diferentes disciplinas, culturas y oficios, una mirada mucho más amplia que la obtenida de grupos demasiado homogéneos.

La obtención de resultados requiere la voluntad de las partes y un ejercicio de reconocimiento del otro, y de tolerancia a la diferencia que no necesariamente es la principal característica de este tipo de grupos. El fenómeno al que algunos autores se han referido como "la aldea global", o la globalización, podría implicar una pérdida de los matices que permiten reconocer y diferenciar una cultura de otra.

El término cultura por su parte, cubre un espectro tan amplio como la vida misma y en su definición tiene cabida una amplia gama de manifestaciones materiales e inmateriales, que comprenden buena

parte de la gama de actividades humanas. El período de conquista de América se dio en un momento de grandes cambios en cuanto a la organización social, que representaba un paso más en el proceso de la civilización, al lograr la concentración del poder en la figura de un monarca absoluto y la conformación de una corte articulada en torno a esta figura. Este esquema social antecede a su vez al Estado como la estructura que concierta y permite la vida en comunidad en las ciudades modernas y que por lo tanto encierra, si no todos, sí por lo menos un amplio rango de manifestaciones del ser humano como individuo y como miembro de una sociedad. El ser humano dentro del Estado, a pesar de su dependencia hacia él, cuenta con unas finalidades y unos valores que le son propios y que no necesariamente están comprendidos dentro de sus objetivos [los del Estado].

Una visión estructural de la cultura que expresa y que contiene una sociedad, implica su comprensión y análisis como unidad de producción cultural antes que por sus productos particulares, como lo pueden ser el mito, la religión, el arte, el lenguaje, la ciencia y las leyes, que no son otra cosa que variaciones sobre el mismo tema y que constituyen un reflejo de la sociedad que los produce.

En términos de teóricos de la posmodernidad como Lyotard, Eco o Calabrese, estaríamos hablando de la posibilidad de encontrar similitudes formales en fenómenos que en un principio podrían parecer lejanos, en búsqueda de la interrelación de saberes que impliquen una comprensión de los fenómenos sociales con un acervo cultural mucho menos reduccionista, basado en el reconocimiento del «otro».

La esfera de lo público y lo privado, como línea temática a desarrollar, dentro de una sucesión de artículos que, a partir de esta entrega, pretenden ilustrar la manera en que las instituciones y toda manifestación con ellas relacionada, no es otra cosa que el punto de encuentro entre los intereses de quienes ostentan y representan el poder, con aquellos de la población en general.

La noción de lo público, inexistente hasta el siglo XIX, adquiere importancia como el lugar en donde los actores sociales representan sus papeles de acuerdo a una condición social, económica y política, agrupados ahora no en torno a los símbolos coloniales de poder sino a los ideales de las recién creadas repúblicas. La aparición de este concepto y sus transformaciones de acuerdo con cada período histórico, y su relación con universo de lo privado y del beneficio particular, inciden

directamente en la organización social la medida en que los actores sociales vinculados en el proceso, encuentren mayor o menor representatividad en sus instituciones.

En un momento histórico como el que vivimos actualmente, en donde al parecer cumplimos con el mito del eterno retorno, y estamos, al igual que nuestros antepasados decimonónicos, tratando nuevamente de encontrar las formas de construir una nación, que reconozca su rica y variada composición étnica y cultural, brindándoles cada vez más representatividad a través de lo institucional, como alternativa política al enfrentamiento armado que nos envuelve desde nuestro nacimiento como república.

La genealogía como método de análisis y estudios institucionales

El punto de encuentro académico seleccionado para dar inicio a esta exposición tiene que ver con el manejo de la genealogía, entendida como metodología para el estudio de las instituciones. Un estudio que, aunque sistemático, no excluye la cultura como elemento sustancial, donde lo importante del análisis radica en las posibilidades de apertura hacia nuevos campos de interpretación de la realidad, cuyo objetivo principal no es el cambio o la desestabilización, sino el autoconocimiento y la elaboración de un diagnóstico propositivo.

En el estudio de las instituciones del estado, diferentes autores han hecho importantes aportes en el afán de formular un método que analice y permita la aprehensión de una realidad para la formulación de una teoría jurídica donde la política está ausente, que podemos cruzar con propuestas desde las ciencias humanas que propenden por la unión de esfuerzos entre el derecho y la antropología, para reforzar tanto las disciplinas del derecho y la jurisprudencia como la antropología y la sociología, en el conocimiento de la otra, para la comprensión de las estructuras sociales³. El valor de ambas disciplinas, para llegar a conclusiones plausibles, aporta el marco conceptual en el que se reconoce la importancia de la cultura para llegar al entendimiento acerca de la manera en que funciona el estado y sus instituciones jurídicas y gubernamentales en general.

La historia oficial de cada institución, ha estado supeditada al discurso de poder de quien lo ostenta, de manera que su legitimación constituye una verdad revelada y aceptada. Michel Foucault retomando un método planteado años

atrás por Nietzsche, pone de relieve la importancia de la necesidad de un estudio amplio de la realidad por medio del conocimiento de los saberes sometidos o los discursos que subyacen en la historia, debido a la poca beligerancia de quienes están representados en ella.

La genealogía como método de análisis cultural, término que alude a la confrontación del conocimiento oficial contra una serie de posturas que han sido marginadas por haber sido consideradas deficientes o anticientíficas, es la oportunidad de poner en evidencia discursos paralelos a la historia oficial, no para convertirlos en nuevos discursos de poder con pretensiones axiomáticas, sino como una manera de, buscar una comprensión más completa del presente, valiéndonos del conflicto, como espacio perfecto para el encuentro y la comprensión de la otredad en el proceso de construcción de una sociedad que se identifique con su hereogeneidad.

A partir de la genealogía, el presente artículo planteará la posibilidad del estudio de instituciones socio políticas como ejemplo de un análisis genealógico para lo cual haremos un mayor énfasis en la hacienda pública, específicamente en uno de los impuestos territoriales, para lo cual nos valdremos de algunos elementos históricos que ayudan a contextualizarlos y a comprenderlos sin anacronismos en su transformación a través de los años tanto en el plano internacional como en el local.

Particularmente nos interesa la institución de la hacienda pública en tanto representa el punto de encuentro, en la medida que su buena o regular materialización redunda en beneficio o en detrimento de las condiciones de vida de la comunidad, entre lo público y lo privado; entre las políticas estatales y los deseos individuales de los ciudadanos y de un conglomerado humano.

Los impuestos y la hacienda pública

Desde las primeras formas de organización social, hasta el Estado y aquellas que lo precedieron como la sociedad feudal y la monarquía absoluta, el tributo o impuesto fue necesario para asegurar el funcionamiento y sostenibilidad, asegurando de esta manera el suministro de los elementos básicos para el mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad.

El precio que un individuo debe pagar para vivir en sociedad se revierte en garantías como ser social, parte de una comunidad a la cual aporta y ayuda a sostener, de manera que los impuestos, que son prestaciones en dinero, que constituyen un ingreso estatal sirven para determinar el contribuyente que, en última instancia, es lo que ha estado mediado por un discurso de poder, al estar ligado casi siempre a procesos de conquista militar, cultural, espiritual que implica casi siempre el sometimiento de una cultura hacia otra.

El caso colombiano es uno de los que atravesó por ese proceso y es un claro ejemplo del sincretismo cultural, producto de un fenómeno de conquista. El sistema de tributación utilizado por muchas culturas que habitaban el territorio de la actual Colombia, no varió después del sometimiento militar. Al contrario, los españoles muy hábilmente sostuvieron las condiciones tributarias prehispánicas, cambiando únicamente la tasación y el destino de los tributos. El cacique ya no sería el beneficiario sino el encomendero o el rey. A través de las visitas de la tierra fue posible conocer la situación tributaria de los pueblos pero siempre desde el punto de vista de la Corona. La población gravada con estos impuestos difícilmente expresó su posición en estos documentos, por lo que se hace necesario entenderla a través de fuentes alternas o por fuera de estas diligencias judiciales. Las exenciones de impuestos que correspondían a los caciques y principales, son reflejo de las confrontaciones de poder y manifestaban claramente la posición de la administración acerca de lo que debía ser protegido y de lo que no.

La tierra, la propiedad inmueble, el impuesto predial y los catastros: breve repaso histórico

Si bien la contribución territorial no es la primera imposición tributaria, sí conforma el grupo de los primeros gravámenes de los estados organizados. La progresiva sedentarización de las comunidades, primero en aldeas y luego en ciudades, convirtió cada vez más en su principal fuente de riqueza, la tierra. Esto hizo necesaria la constitución de un aparato político y militar para asegurar la posesión de la tierra, el cual a su vez, obligó a la creación de una base impositiva para su sostenimiento.

En Roma se conoció este impuesto bajo el nombre de *Vectigal Centum*, y sus conquistas permitieron extenderlo a todo el mundo occidental. Inicialmente funcionó como impuesto único, pero en la medida del crecimiento de las

necesidades económicas y políticas de los estados, se dividió en muchos gravámenes. El crecimiento de las haciendas nacionales y el fortalecimiento de la hacienda pública, propició la pérdida de importancia de los impuestos territoriales debido a la búsqueda de su monopolización por parte del estado.

El impuesto sobre la propiedad territorial se volvió parte de los recursos de las haciendas locales y se recaudaba originariamente en provecho del tesoro nacional. El catastro, como herramienta para establecer el censo estadístico de las propiedades inmuebles rurales y urbanas, surge en Colombia con la creación misma de la Gran Colombia en el Congreso de Cúcuta. La ley de 30 de septiembre de 1821, dispuso que *“los funcionarios encargados de su recaudación en los distintos lugares, se asesoraran de una junta de vecinos, para determinar con vista en los libros parroquiales, cuáles de los ciudadanos se encontraban en condiciones de pagar una contribución”*.

La ley de 4 de mayo de 1825, impele al gobierno para que elabore el catastro ordenado por la ley de 13 de octubre de 1821. El esfuerzo fue demasiado grande para su implementación en un país que aun no aseguraba el estado de derecho ni contaba con los medios materiales para lograrlo en el corto plazo. Esta ley terminó por convertirse en una simple lista de propietarios gravables.

Catastro, entendido como el valor comercial de los inmuebles, es el encargado de señalar la base de liquidación del impuesto. La formación de los catastros, base imprescindible del impuesto, obedece a criterios y a sistemas de avalúo de la propiedad. Al no estar sujeto a la entidad central y gozando de una autonomía mayor, fue posible una tasación del impuesto más particularizada.

En Colombia el impuesto predial como recurso nacional fue establecido desde los primeros años de la república, luego se entregó a los distintos estados, dentro de un esquema inicial de federalismo, y por último a los departamentos. En el año de 1908 el impuesto directo sobre la propiedad raíz, fue señalado como renta propia de los distritos. En 1913, se concedió autonomía a los departamentos para la asignación de sus recursos, quienes a su vez cedieron sus productos al municipio.

La historia tributaria, y más aun toda la vida institucional de Colombia en sus primeros años como república independiente, se caracterizó por la falta de representatividad de sus instituciones y de sus gobernantes. Lo que generó un

fenómeno paralelo, heredado también de las formas coloniales de la relación pueblo – gobierno, que hacía percibir por parte de los pobladores, al gobierno y sus instituciones como algo ajeno al individuo y a la comunidad. Esto lo ilustra más claramente el Ensayo que sobre la situación de las Colombia y las repúblicas hispanoamericanas, publicara el señor José María Samper, en 1861, donde se quejaba además del sistema tributario por responder a los intereses particulares de unos cuantos: *“Se creía que el gobierno era una cosa distinta y aun antagonista de la nación, y por tanto el fisco era enemigo del contribuyente. Es la ciencia política moderna la que ha demostrado que el gobierno no es otra cosa que una consecuencia de la vida social, una manifestación y garantía del derecho de todos y cada uno, —y por lo mismo una entidad sin vida propia, sin personalidad. Asimismo, es la moderna ciencia económica la que ha probado que el fisco no es mas que una fórmula, — una caja de seguros de los asociados, — y que, por tanto, no puede haber nada razonable en un sistema fiscal que pugne con el interés de los particulares”*.

Sería únicamente hasta el decreto 1227 de noviembre de 1908, por medio del cual el gobierno nacional expidió una ley sobre el desarrollo de la ley 20 del mismo año, referente a las haciendas locales, que se dio un nuevo impulso a la manera irregular e ineficiente en que venía funcionando el sistema fiscal.

Breve historia y fundamentos del impuesto predial en Colombia

El impuesto predial en la forma específica de su forma actual, es reciente; pero como impuesto de propiedad raíz, tiene antecedentes en la vida republicana del siglo XIX. Tan fuerte resultó el impuesto para su época y tan difícil de establecer que el catastro requerido tuvo que ser regulado por el decreto de 7 de diciembre de 1826. El gobierno debió suspender la ejecución de todas las leyes relacionadas con la contribución directa y restablecer el impuesto colonial de la alcabala⁴.

La contribución directa, establecida como recurso nacional, se recaudó hasta 1850, momento en que la ley de 18 de abril sobre descentralización de algunas rentas y gastos públicos y organización de hacienda nacional, hizo una enumeración de las rentas que se consideraban nacionales y dispuso que todos los demás ingresos establecidos hasta la fecha se cedían a favor de las provincias.

Durante el régimen federal, algunos de los estados crearon el impuesto predial

propiamente dicho, que de todas maneras, en 1887 expedida la Constitución Centralista del 86, la ley 48 dispuso que los departamentos procedieran a crearla y organizarla. El impuesto predial adquirió definitivamente su fisonomía propia⁵.

Aunque la ley 149 de 1888 sobre régimen político y municipal, trató de volver por los cauces antiguos, al determinar en su artículo 161 que los departamentos podían establecer una contribución directa sobre capitales inmuebles, distribuyendo los productos a los departamentos y asignando otra para los municipios. La ley 20 de 1908 adiciona y reforma la 149 del 88, al disponer que serían rentas municipales el impuesto sobre la propiedad raíz.

Este impuesto se cobraría en los municipios con arreglo a la reglamentación de sus respectivas ordenanzas o acuerdos departamentales. La ley 4ª de 1913, que derogó la anterior, establecía que las asambleas debían reglamentar el impuesto sobre la propiedad raíz y su vigencia se mantuvo hasta la ley 34 de 1920.

Las variaciones que presentó esta ley durante la república, de alguna manera heredaron los vicios del sistema colonial en la medida en que la relación cabildo e instituciones de gobierno y administración, y la propiedad de la tierra estuvieron íntimamente ligados, lo que propiciaba una legislación que buscaba el beneficio particular antes que el bien público. Este concepto ha estado mediado desde siempre por un discurso hegemónico que permite que aunque la contraprestación del impuesto no sea directa o inmediata, el beneficio común que debería traer la aplicación del impuesto, se vuelve marginal y termina inevitablemente en la concentración de beneficios para el mismo grupo hegemónico. Una situación que tiene su origen en la conquista, sentó las bases para los futuros problemas de tierras de las ciudades colombianas. Los miembros del cabildo en su gran mayoría eran al mismo tiempo administradores de mano de obra (encomenderos) y terratenientes, lo que los situaba en una posición privilegiada para la defensa de sus intereses desde lo institucional. Esta es una situación que se mantuvo vigente hasta la república y que aun durante el siglo XX ha sido determinante, como lo fue al convertirse en una de las principales razones para buscar la independencia de España en su momento.

* * *

El impuesto predial es un gravamen cuya base está sobre la propiedad raíz, situada en una determinada jurisdicción. Es un impuesto para las haciendas locales,

creada para beneficio de departamentos y municipios, además de ser un recurso ordinario que se recauda periódicamente. Es de derecho público y se ha establecido en virtud de la facultad impositiva del estado. También es un impuesto de carácter real, característica de mayor importancia, pues versa directamente sobre materia gravable, sin tener en cuenta la situación personal del respectivo contribuyente.

Pretender describir la historia del impuesto predial basándose únicamente en las leyes, sería la gran apariencia en el camino de los ocultamientos, ya que lo que se establece en las reglamentaciones legales son los discursos oficiales, que lograron descalificar y desacreditar el conocimiento que no les favorece y por lo tanto la construcción de lo establecido se ha basado en la anulación de lo otro. La naturaleza del impuesto predial se ha definido a sí misma como neutral y libre de inclinaciones, pero su proceso de formación es la lucha de pasiones entre clases sociales, partidos políticos e ideologías.

Un ejemplo de las protecciones y subjetividades en el momento de conocer la ley, junto con su aplicación, es la reglamentación de las exenciones: cuáles bienes inmuebles deben protegerse y cómo deben incluirse en el discurso, son un ejemplo frecuente de esta situación. El análisis cultural y espacio temporal de la institución del impuesto predial para abarcarlo en su complejidad no debe expulsar esas variables. Contrario a lo que aparece en la historia, planteando el estudio desde la genealogía, la situación personal del sujeto pasivo, sí se ha tomado en cuenta. La exención del impuesto predial para bienes considerados de patrimonio arquitectónico, como se tomó la decisión para la inclusión de esos bienes, se creería que fue determinado de la misma manera tan "objetiva" como se decidió la extinción de bienes a las comunidades religiosas en el proceso de desamortización llevado a cabo en 1867 durante la presidencia de Tomás Cipriano de Mosquera. Los legisladores son la comunidad científica, el poder legítimo, y filtran la realidad hasta prohibir que algunos discursos lleguen a pronunciarse.

El objeto gravable, como base del impuesto predial es la propiedad inmueble. La Ley 20 de 1908, para referirnos únicamente a la que estableció más recientemente el gravamen, lo llama impuesto sobre la propiedad raíz; la ley 4 de 1913 y la ley 34 de 1920 le asigna las mismas palabras. Pero, *¿cuál es el contenido de la palabra propiedad raíz?* El código civil en el artículo 656 define inmueble o fincas raíces como las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y las minas y las que se adhieren permanentemente a ellas. Es decir, que

engloba todo aquello que indefectiblemente está ligado al territorio y a la posesión de la tierra.

En el caso particular de Bogotá, para utilizar un ejemplo concreto, a partir de 1927, por iniciativa del Secretario de Hacienda Antonio Mallarino, se comenzó a cobrar intereses de mora por no pago del predial. En 1928 se hizo la primera amnistía por conceptos de intereses de mora. De acuerdo con Roberto Morales y Juan Antonio Montoya, concejales ponentes del proyecto de acuerdo, *"El espíritu de la ley es el de favorecer a aquellos deudores de dichos impuestos que por escasez de recursos no los pudieron satisfacer en tiempo. Es decir a las personas de clase media y pobre cuyo trabajo, apenas le produce para las más preciosas necesidades de la vida"*⁶. De donde también se infiere un uso politizado del discurso en la manera de exponer las necesidades de clase.

En 1929 el alza en la inflación, la caída de los precios del café, la parálisis en los empréstitos, debido al eco que la crisis mundial tuvo en nuestra economía, generaron una serie de descontentos sociales. En la capital las declaraciones del Alcalde Cuervo sobre la situación sombría del Municipio habían generado su destitución. Durante las jornadas de huelga de junio de 1929, los ciudadanos en el ámbito nacional, decretaron la "huelga de los impuestos y los servicios municipales" mediante la cual decidieron suspender cualquier tipo de pago a la administración.

CONCLUSIONES

Como ejercicio académico, y hacia la implementación de un método científico se podría pensar que está ausente de visiones personales este análisis genealógico de la institución del impuesto predial, pero la conclusión es que de un mundo múltiple solo podemos realizar visiones con una mirada perturbada por las limitaciones y por las propias condiciones históricas particulares.

Pertenece a un mundo permeado por la voluntad de poder y en esta medida, los discursos seguirán siendo el motivo de lucha. El discurso del aparato colonial consistía en asegurar una economía sostenible dentro de un esquema tan complejo como es el mantenimiento de la soberanía en territorios tan vastos y tan disímiles entre sí, en medio a la vez de tanta diversidad. La situación de sometimiento de la población nativa, el proceso de disolución racial propiciado

con el sistema colonial y las imposiciones tributarias cuyo beneficio nunca fue perceptible para la población encargada de su pago y la arbitrariedad de las exenciones, crearon las condiciones para la situación presentada durante el siglo XIX caracterizada, como se anotaba más arriba, por la percepción de la función pública y del bien público como algo ajeno al individuo. El cual por cierto, desde el punto de vista de la propiedad raíz, vivía en espacios que en sí mismos, implicaban una negación de cualquier noción que tuviera que ver con lo público.

La clara diferencia que hoy percibimos entre lo público y lo privado, es una situación que apenas si se comienza a percibir o insinuar durante los primeros años de la república, lo que implica una búsqueda que intenta a partir de la denominación de las calles y plazas públicas, cambiando sus nombres pertenecientes a una simbología colonial por aquellos cuyo origen se encuentra en los ideales republicanos. Las antiguas casas coloniales donde transcurría la mayor parte de la vida de los habitantes del antiguo virreinato, negaban por definición el concepto de lo público, al ser unidades autocontenidas que brindaban al individuo la posibilidad de llevar a cabo su existencia dentro de esos límites, sin mayor necesidad de generar una dependencia en la que tuviera que ver el beneficio en común con el resto de la sociedad más allá de su núcleo familiar.

Las primeras iniciativas de servicios públicos, frente a las deficiencias de una administración urbana ya fuera en la colonia o en la república, fueron el resultado de empresas privadas que con el advenimiento de la ciudad moderna, cuya insinuación empezó a darse a finales del siglo XIX, lograron consolidarse y pasaron poco a poco a formar parte de una administración lentamente más sólida.

Dentro del panorama histórico del impuesto predial en Colombia, ha sido necesaria la confrontación de discursos diferentes, conjugando situaciones complejas cuya psico y sociogénesis, ha producido comportamientos muy arraigados en cuanto a la cultura de lo público y el excesivo culto a la privatización de la propiedad, independientemente del bien común que implica un reconocimiento como individuos y ciudadanos, en el otro. Que finalmente es donde radica el proceso de lucha y de confrontación de discursos que esbozó Nietzsche hacia 1877, y que Michel Foucault retomaría ya en el siglo XX. El desconocimiento del otro implica necesariamente una formulación parcial de normas y leyes que estructuran una sociedad, así como el registro del devenir de estas actividades por los encargados de preservar la memoria institucional.

De modo que la genealogía se basa precisamente en esto, en el reconocimiento de todos los saberes, representados en una serie de capas arqueológicas que componen los estamentos de poder al interior de las sociedades, y que no necesariamente están ligados a lo establecido dentro de lo institucional.

En el caso del impuesto predial, debido a su carácter estructural dentro de la concepción moderna del estado, fundamental para el sostenimiento de la infraestructura urbana, se hace necesario un estudio por medio de una lectura entre líneas, de las disposiciones y las normas, así como de la resistencia manifiesta o no a la vinculación obligatoria al sistema. El discurso de los contribuyentes y su representatividad hay que buscarlo en situaciones y documentos con una mayor complejidad que los artículos de un código o de una legislación. Los comportamientos de una sociedad tienen orígenes tan diversos y tan complejos, que para el estudio genealógico de cualquier institución, se hace necesario recurrir no sólo a la antropología, sino a cualquier manifestación social de una comunidad, que nos permita entenderla desde la complejidad que implica la presencia necesaria, de diversos y variadísimos actores sociales, tanto de los que están ligados a lo establecido, como los que le resisten y confrontan.

Esto implica necesariamente, una relectura con una óptica más amplia, de las fuentes utilizadas para el estudio de las instituciones, lo cual indiscutiblemente, replantea el oficio del legislador, en la medida en que le plantea un ejercicio tanto más difícil al tener que recurrir por igual a la búsqueda de fuentes alternas como la antropología y otras disciplinas de las ciencias humanas, que le permitan tener una lectura social más compleja y por lo mismo, insistimos, menos reduccionista.

Un aspecto adicional que vale la pena resaltar es la proliferación de leyes y acuerdos con respecto a este impuesto. Por un lado está presente en las reformas tributarias de cada administración. Sin embargo, además de cambios en las tarifas hay también cambios constantes en la definición del impuesto y en la manera de establecer el avalúo catastral. No ha habido una estabilidad legal que sustente el surgimiento de una cultura tributaria alrededor del impuesto predial. El tránsito de la colonia al siglo XIX atravesando por la independencia que implicaba asumir la responsabilidad y las cargas de crear un estado y asegurar el control del territorio, implicó a pesar de las nuevas ideas, asumir la herencia de comportamientos ligados al funcionamiento del aparato colonial. La resistencia al pago de los impuestos y la percepción del bien público como algo ajeno al individuo es una situación que, además de la débil constitución del cabildo colonial que

desde su implantación en las principales ciudades, fue incapaz de asegurar su sustento con base en la explotación de la propiedad raíz, se hace más dramática durante el siglo XIX debido a la importancia que tiene para un estado republicano la conciencia de bien público indispensable para la salud tributaria de sus ciudades.

Actualmente, si los contribuyentes se preocupan por pagar los impuestos es por una necesidad de estar a paz y salvo para la venta de la propiedad por un lado y, por otro, debido a la presencia permanente de los debates del predial en la vida pública y en los medios masivos de comunicación que lo hacen un tema de coyuntura política y vida diaria.

BIBLIOGRAFÍA

- Ardila Duarte, Benjamín, *Impuestos de Bogotá*, Bogotá, Editorial Temis, 1982
- Camacho Montoya, Álvaro, *Tributos sobre la propiedad raíz*, Bogotá, Legis, 1999
- Cusguén Olarte, Eduardo, *Impuestos nacionales y territoriales*, Bogotá, Leyer, 2001
- Mejía Pavony, Germán, *Los años del cambio, historia urbana de Bogotá 1820-1910*, Bogotá, Centro Editorial Javeriano, 2000
- Müller-Armack, Alfred, *Genealogía de los estilos económicos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1967
- Toro Agudelo, Hernán, *El impuesto predial*, Medellín, Imprenta Municipal, 1948
- Samper, José María, *Ensayo sobre las revoluciones políticas y la condición social de las repúblicas colombianas (hispano - americanas)*; Bogota, Ed.Centro, pref.1861
- Acuerdos de la municipalidad de Bogotá, 1860 a 1886, Bogotá. Concejo de Bogotá
- Fino, Guillermo y Rubén Vasco, *Centro Interamericano Jurídico- financiero, Elementos básicos de la tributación en Colombia*, Bogotá, 2a. Edición, 2001
- Bonilla Suárez, Jorge Isaac, *Elementos de tributación*, 2a. Edición, Assim, Bogotá, 1966

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Cristina Díaz. Abogada de la Universidad de los Andes, aspirante al título de Magister en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Profesionalmente su trabajo se ha centrado sobre el área de responsabilidad estatal y el área tributaria. Ha publicado artículos en diferentes revistas especializadas y ha trabajado en investigaciones históricas como Periódicos Santandereanos de oposición a la Regeneración y la Cronología de Bogotá para el Archivo de Bogotá.
- 2 César Augusto Peña. Diseñador Industrial de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en historia y teoría del arte y la arquitectura de la misma. Se ha desempeñado principalmente como historiador de temas referidos a la ciudad y la conservación del patrimonio mueble e inmueble. Coautor de los libros Bogotá en Santafé, con el historiador Fabio

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO Y EL ESTATUTO ANTITERRORISTA EN COLOMBIA

SANDRA YANETH PÁEZ LEAL

10. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO Y EL ESTATUTO ANTITERRORISTA EN COLOMBIA

AUTOR: SANDRA YANETH PÁEZ LEAL

DIRECCIÓN: paez.s@javeriana.edu.co

FECHA DE RECEPCIÓN: 29/04/2004

DESCRIPTORES: Antiterrorismo, legislación, Constitución, Colombia, reglas

RESUMEN: El artículo expone la importancia de los Principios del Derecho en el sustento jurídico del Estatuto Antiterrorista (Acto Legislativo 02 18/12/2003), el cual modifica los artículos 15 (derecho a la intimidad personal), 24 (derecho a circular libremente), 28 (derecho a la libertad) y 250 (Fiscalía General de la Nación) de la Carta Constitucional Colombiana, con el objetivo de enfrentar el terrorismo. Para ello presentamos en los antecedentes una exposición histórica referida a los Principios Generales del Derecho aludiendo en principio, a las Reglas (normas dispositivas, fundamento del derecho romano); las cuales constituyeron la referencia fundamental de la integración del derecho positivo. Posteriormente, expondremos la labor ejercida por los Glosadores en la Edad Media.

KEY WORDS: Antiterrorismo, legislation, Constitution, Colombia, rules
ABSTRACT: The article exposes the importance of the Principles of the Right in the legal sustenance of the Antiterrorist Statute (Legislative Act 02 18/12/2003), which modifies articles 15 (right to the personal privacy), 24 (right to circulating freely), 28 (right to the freedom) and 250 (General Office of the public prosecutor of the Nation) of the Colombian Constitutional charter, with the objective to face the terrorism. For it we in principle presented/displayed in the antecedents an historical exhibition referred the General Principles of the Right alluding, to the Rules (dispositivas norms, foundation of the Roman right); which constituted the fundamental reference of the integration of the positive right. Later, we will expose the work exerted by the Glosadores in the Average Age.

INTRODUCCIÓN:

El presente trabajo investigativo se fundamenta en el proyecto de reforma constitucional de los artículos 15, 24, 28 y 250, presentado al Congreso de la República por el Gobierno Nacional.

El Estado de Derecho en Colombia, según pronunciamiento de la Corte Constitucional¹, contempla la actividad legislativa enmarcada en los principios de la Carta Política. Tomando como referencia el anterior pronunciamiento, consideramos que el Estatuto Antiterrorista, (Acto Legislativo 02 18/12/2003) debe reconocer los Principios del Derecho, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado Colombiano, dado que unos y otros, aparte de encontrarse fortalecidos por la jurisprudencia constitucional, presentan la función integradora del derecho.

ANTECEDENTES:

Como referente histórico de los Principios Generales del Derecho, exponemos las Reglas². Uno de los representantes insignes de la época clásica, Paulo (sin desconocer la labor ejercida por Ulpiano, Papiano, Gayo, o Labeón) ha dejado como herencia al discípulo del derecho la definición de Regla: "La regla es una proposición que expone brevemente el derecho vigente. No se tome el derecho vigente de la regla sino la regla del derecho vigente. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las normas vigentes y, como dice SABINO, es como un resumen del derecho, que, si falla en algo, resulta inútil"³.

En Roma, las Reglas desarrollaron en primer lugar, un método de trabajo o técnica jurídica y, en segundo, un género literario. Los juristas representantes de la época preclásica, (entre otros, Quinto Mucio Escévola y Junio Bruto) ejercían su labor teniendo en cuenta que el derecho positivo necesitaba una herramienta auxiliar derivada de él; con este objetivo, plantearon respuestas específicas al casuismo jurídico utilizando las Reglas.

Así como el derecho romano encontró expresión en las Reglas derivadas por inducción del derecho positivo, también pronunció los Principios no Regulares, extraídos del derecho natural, ejerciendo una labor igualmente importante que aquellas.⁴

Los pretores a través de los Principios no Regulares auxiliaron a la normatividad positiva teniendo por referentes el sentido común y la intuición emotiva. "Reálcese que los juristas romanos no sólo eran intérpretes del derecho, sino, además, sus creadores: con su interpretación al propio tiempo creaban normas jurídicas."^{5 6}

La alusión a los principios expuestos en el derecho romano ha constituido obligatoriedad como fuente de estudio, por cuanto ha sido referencia primaria de ordenamientos europeos y americanos. Confirma la relevancia por su especial legado para la codificación española, (referencia de la colombiana), Roberto-Marino Jiménez Cano: "Los tres preceptos del Derecho son enunciados por primera vez por Ulpiano en sus *Institutiones* y recogido posteriormente en el *Corpus iuris civilis* (D. I, 1, 10, 1 y en I, 1, 1, 3 —«*Iuris praecepta sunt haec:*

honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere»—) y en nuestro país recogido por Raimundo de Peñafort en sus *Summa iuris* y por la Partida 3^a, Título I, ley 3^a llegando hasta el siglo XIX"⁷.

Según Valencia Restrepo⁸, el estudio del derecho en la Edad Media debe considerarse en dos etapas: la primera, (Siglo V al XI) etapa de oscuridad, en tanto no se presentó mayor avance jurídico. La segunda, (Siglo XII al XV) etapa de "resurrección" del derecho romano, en manos de la Escuela de los Glosadores;^{9 10} y posterior fortalecimiento con los Postglosadores y Comentaristas.

Los representantes de la Escuela de los Glosadores concentraron como objeto de estudio las fuentes justinianeas, fundamentando el método de la exégesis en la equidad.

La expresión fundamental de los juristas representantes de esta escuela fue la Glosa. Ésta intentó "esclarecer, hasta donde la metodología interpretativa por ellos utilizada lo permitiera, el alcance de un determinado texto, fragmento, pasaje o, incluso un término de raigambre justiniana, en veces estereotipado por su oscuridad, simplicidad o contradicción con otros del mismo linaje, pese al ferviente deseo del visionario Emperador por evitar que ello aconteciera, según se evidencia en las Constituciones Imperiales mediante de las cuales promulgó las diferentes partes que conforman su compilación"¹¹.

Ante la difícil interpretación del Código de Justiniano, la Glosa requirió una técnica jurídica que le permitiera subsanar las inconsistencias de esta tarea: los Brocardos (Reglas Universales) fueron utilizados en aquellos apartes de la compilación justiniana que se hacían oscuros al entendimiento de los juristas. "Sea el caso de resaltar que, por ser los brocardos los primeros principios jurídicos (*prítáricha*), se tomaban a través del derecho natural a través del método de intuición emotiva y sentido común; observando cuales eran los valores bilaterales fundamentales de la sociedad medieval, el jurista extraía de ellos los Brocardos, que eran aplicados a los casos concretos por deducción. Desempeñaron ante todo, una función interpretativa"^{12 13}.

Durante la época mencionada surge la manifestación de los Principios Regulares no Positivos; constituidos como principios no consagrados por el derecho medieval positivo. Éstos integran el derecho medieval de igual manera que los Principios Positivos. La fuerza legal se hace presente en ambos; la diferencia radica en que los no positivizados actúan como fuentes formales subsidiarias del derecho medieval, consolidando la función integrativa.¹⁴

1. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EN COLOMBIA:

La relevancia de los Principios en el derecho colombiano posee sustento legal y jurisprudencial. Del primero, la Ley 153 de 1887 es representante insigne. Del segundo, diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional (en adelante, la Corte) lo soportan. Ésta considera como función principal la protección suprema de los valores fundamentales. Asimismo, establece que el contenido material de la Constitución política se ejecute a través del respeto de los principios por parte de toda la normatividad¹⁵.

Con el objeto de exponer la importancia de los pronunciamientos de la Corte, durante todo el trabajo investigativo se acudirá a la ilustración de la jurisprudencia constitucional.

Más aún, la legislación colombiana adicionalmente debe concordar con los Principios establecidos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado Colombiano en el marco de un orden universal.

1.1. Ley 153 de 1887:

La Ley 153 de 1887 (Agosto 24) constituye la referencia legal fundamental del ordenamiento colombiano respecto al tema de los Principios. En el artículo 4º de la Parte Primera: Reglas Generales Sobre Validez y Aplicación de las Leyes, sentencia: "Los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes"¹⁶. Seguidamente, en el artículo 5º, expone: "Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica

y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes"¹⁷.

Esta ley presenta la evidencia primordial de considerar a los Principios como integrantes del ordenamiento jurídico nacional. Así, aquellos no pueden ser ajenos a los proyectos legislativos; deben ilustrar al legislador, o en su defecto, a la crítica y la hermenéutica, quienes desarrollarán el ejercicio de encauzar el camino de la orientación constitucional.

1.2. Tratados Internacionales de Derechos Humanos:

En el presente trabajo, la importancia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (en adelante Tratados), radica en que éstos protegen los derechos humanos de carácter universal, y dada su ratificación por el Estado Colombiano, deben ser cumplidos y respetados al momento de presentar una reforma legislativa, máxime tratándose de una reforma de los derechos fundamentales.

Los Tratados deben presentar concordancia jurídica con la Constitución Política Nacional con el propósito irrefutable de respetar derechos aceptados universalmente¹⁸. Aquellos han de ser analizados por la Corte con el objeto de no encontrar contradicciones que imposibiliten su ejecución. Así, una vez aquellos se encuentren ratificados, el Estado Colombiano no puede abstenerse de darles cumplimiento, por cuanto la norma **Pacta Sunt Servanda** así se lo impone¹⁹.

Teniendo en cuenta que el terrorismo se ha consolidado como objeto de estudio mundial, y que los ejércitos irregulares partícipes en el conflicto armado colombiano han sido catalogados como terroristas, el Gobierno Nacional ha presentado al Congreso un proyecto de reforma constitucional con el objetivo de enfrentar las actividades de éstos. Tema al cual nos dedicaremos a continuación.

2. ESTATUTO ANTITERRORISTA:

El Gobierno colombiano, dentro de la Política de Defensa y Seguridad Democrática, identificó seis amenazas fundamentales para su sociedad: el terrorismo, el negocio

de las drogas ilícitas, las finanzas ilícitas, el tráfico de armas, municiones y explosivos, el secuestro y la extorsión, y el homicidio.

Con el objetivo de implementar instrumentos jurídicos contra el terrorismo, el Gobierno ha presentado el Estatuto Antiterrorista (en adelante Estatuto). En su Exposición de Motivos²⁰, aquel sustenta que los instrumentos utilizados están enmarcados en el estado de derecho. Además, el documento presenta las estadísticas correspondientes al número de civiles asesinados entre los años 1997 y 2002 por las organizaciones armadas ilegales (FARC, ELN, y Autodefensas Ilegales), demostrándose con ello que el conflicto armado se consolida como uno de los grandes problemas que afrontan los habitantes del Territorio Nacional, sustentando la necesidad y la pertinencia del Estatuto. Adicionalmente, el Gobierno considera que la Organización de las Naciones Unidas respalda la búsqueda de estas soluciones, por cuanto "el Consejo de Seguridad de la ONU en reunión del 28 de septiembre de 2001 reafirmando el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva reconocido en la Carta de las Naciones Unidas; la necesidad de luchar con todos los medios, contra las amenazas a la paz y la seguridad internacionales representadas por el terrorismo, no solo insta a los Estados a trabajar de consuno urgentemente para combatir tales actos, sino también a adoptar otras medidas para prevenir y reprimir en sus territorios, por todos los medios legales, la financiación, preparación y realización de esos actos de terrorismo"²¹.

Exponemos a continuación el texto de las normas constitucionales actuales y las reformas propuestas por el Estatuto (Acto Legislativo 02 del 18/12/2003).

Artículo 15 (Actual): Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

Artículo 15 (Reforma): Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Con el fin de prevenir la comisión de actos terroristas, una ley estatutaria reglamentará la forma y condiciones en que las autoridades que ella señale, con fundamento en serios motivos, puedan interceptar o registrar la correspondencia y demás formas de comunicación privada, sin previa orden judicial, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

Para efectos tributarios judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

Artículo 24 (Actual): Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia.

Artículo 24 (Reforma): Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia.

El Gobierno Nacional podrá establecer la obligación de llevar un informe de residencia de los habitantes del territorio nacional, de conformidad con la ley estatutaria que se expida para el efecto.

Artículo 28 (Actual): Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Artículo 28 (Reforma): Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Una ley estatutaria reglamentará la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale puedan realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

Artículo 250 (Actual): Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:

1. Asegurar la competencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento, además, y si fuere del caso, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.
2. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas.
3. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la policía nacional y los demás organismos que señale la ley.
4. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.
5. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El fiscal general de la nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.

Artículo 250 (Reforma): Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:

1. Asegurar la competencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento, además, y si fuere del caso, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.
2. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas.
3. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la policía nacional y los demás organismos que señale la ley.
4. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.
5. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El fiscal general de la nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.

Parágrafo 2º. (Reforma) Para combatir el terrorismo y los delitos contra la seguridad pública, y en aquellos sitios del territorio nacional donde no exista una

autoridad judicial a la que se pueda acudir en forma inmediata o donde el acceso de los funcionarios ordinarios de policía judicial no sea posible por excepcionales circunstancias de orden público, la Fiscalía General de la Nación conformará unidades especiales de Policía Judicial con miembros de las Fuerzas Militares, las cuales estarán bajo su dirección y coordinación. Para el desarrollo de las labores propias de esta función, los miembros de la Unidad pertenecientes a las fuerzas militares se regirán, sin excepción, por los mismos principios de responsabilidad que los demás miembros de la unidad especial.

Las modificaciones anteriores, con el propósito de prevenir la comisión de actos terroristas, presentan alteraciones al derecho de la libertad, como el empadronamiento y la constitución de las Unidades Especiales de Policía Judicial Militar por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Consideramos que las reformas constitucionales tendientes al mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos (como es el propósito del proyecto analizado) deben cimentarse sobre el reconocimiento de los derechos fundamentales²². Si bien la Corte en diversos pronunciamientos ha sostenido la inexistencia de derechos absolutos²³, esta promulgación no puede consolidarse como fundamento para la restricción de los derechos fundamentales (establecidos en la Constitución Política Colombiana en su Título II²⁴) de manera autoritaria.

Los derechos fundamentales en Colombia, poseedores de garantía reforzada²⁵, se encuentran seriamente coartados por los acontecimientos de violencia del conflicto armado entre el Estado y los ejércitos irregulares. Adicionalmente, estos derechos son limitados por la estructura social, que si bien encuentra como fundamento el Estado Social de Derecho y la Democracia, presenta problemas que impiden que sus principios sean cumplidos. Como ejemplo de la vulneración constante de los derechos fundamentales, encontramos el desplazamiento forzado^{26 27}, el analfabetismo, el desempleo, y la situación de los derechos de los niños, quienes a pesar de poseer prevalencia constitucional²⁸ reconocida reiteradamente por la jurisprudencia²⁹, son altamente violentados. Los anteriores aspectos se erigen como reguladores de una vida indigna, aunque el propósito del constituyente haya sido otorgarle la calidad de dignidad³⁰.

Consideramos que el Estatuto coadyuva a la transgresión de los derechos fundamentales a pesar de la expedición por parte del aquel de las siguientes garantías³¹:

- Un desarrollo a través de ley estatutaria, la cual exige mayorías calificadas para su aprobación y control automático de constitucionalidad.
- Aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación, en el evento de que se ejerzan las facultades de que tratan los incisos finales de los artículos 15 y 28 de la Constitución Política.
- Control judicial posterior, con el fin de salvaguardar la legalidad de la medida, usando una figura jurídica similar a la autorizada en el Acto Legislativo 03 de 2002, que reformó el funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, implantando el denominado sistema acusatorio puro.
- Drásticas sanciones para aquellos servidores públicos que abusen de las medidas autorizadas.
- Control político por parte del Honorable Congreso de la República. Para estos efectos, a la célula legislativa deben presentarse informes al inicio de cada periodo.

El derecho a la libertad, adicionalmente a su positivización en la norma política, encuentra fundamento en diferentes Tratados; ejemplo de ello, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados³². Teniendo en cuenta lo anterior, sostenemos que con el Proyecto Antiterrorista, no solamente se refuerza la limitación de los derechos fundamentales, sino también se desconocen los parámetros estipulados por los Tratados, los cuales (como se ha mencionado) debe reconocer el Estado colombiano.

Sobre el carácter absoluto del derecho a la libertad, la *Corte*, se ha pronunciado de la siguiente manera: "Al respecto, aún cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo

tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo³³. Estamos de acuerdo con la anterior sentencia, dado que el interés del Estado por proteger a los ciudadanos de los actos terroristas no puede encontrar sustento en la vulneración de los derechos fundamentales; por tanto, es su deber ajustar el Estatuto Antiterrorista a la norma constitucional³⁴.

Sobre el Estatuto en estudio, el director en Colombia de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, Michael Fröling, fundamenta la crítica realizada a este proyecto, por cuanto la Oficina «desempeña una función vital esencial en la lucha contra las violaciones actuales de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario»³⁵.

Considera el Doctor Fröling que el proyecto antiterrorista presenta un "debilitamiento de las garantías constitucionales y legales"³⁶; a su vez, realza el significado de otorgar facultades de policía judicial a las Fuerzas Militares, lo cual va en contravía de la recomendación del Alto Comisionado y de la Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos, en su 59º período de sesiones de 2003. El informe, consolida su crítica al aducir que las reformas constitucionales establecen serio peligro para la aplicación efectiva del hábeas corpus.

Dado que los derechos fundamentales deben prevalecer en todo tiempo, y que deberá tenerse presente su "pertinencia y utilidad"³⁷ cuando éstos sean susceptibles de limitación, la crítica realizada en el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos coincide con las exposiciones planteadas en este trabajo.

3. CONSIDERACIONES FINALES:

Consideramos que ante la falta de claridad (evidente) en la interpretación por parte del legislador, competencia ineludible de esta tarea será la ejercida por la

crítica y la hermenéutica, con el firme propósito de preservar los Principios y los derechos fundamentales positivizados por la Norma Constitucional; los cuales constituyen la garantía cardinal para evitar que los legisladores o la figura presidencial los olviden, y vulneren no solamente la norma suprema sino la calidad de vida de los ciudadanos.

La Organización de las Naciones Unidas en su Resolución del 22 de marzo del 2004³⁸ exhorta a los Estados a asegurar los derechos fundamentales durante las medidas adoptadas para afrontar el terrorismo. Encontramos acorde a los postulados de esta exposición los expuestos en la Resolución, consolidándose la idea rectora de los Principios a nivel universal.

4. CONCLUSIONES:

Teniendo como referencia histórica el derecho romano, hemos encontrado que los Principios, lejos de constituirse como operadores ajenos al derecho, se han instituido en integradores de la norma. Como refuerzo de lo anterior, han sido mencionadas las Reglas, Glosas y los Brocados, manifestaciones de un ejercicio en procura del fortalecimiento de la cultura jurídica.

En Colombia, la tarea de los Principios no es ajena a la ejercida en el derecho romano y en el medioevo; desde la ley 153 de 1887, aquellos se caracterizan fundamentalmente por prestar sus servicios ante la oscuridad del derecho. Por esta razón, en este trabajo hemos considerado la pertinencia de los principios del derecho a la hora de interpretar el Estatuto Antiterrorista .

La importancia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, respecto al Estatuto, radica en que los derechos fundamentales son parte integrante en ambos. En los primeros, se presenta una salvaguarda universal; en el segundo, se pretende la restricción de algunos en pro de evitar acciones terroristas en Colombia.

La jurisprudencia emanada por la Corte Constitucional es una referencia obligatoria en el sistema jurídico colombiano, por cuanto ésta, a través de aquella,

autoriza la legislación siempre y cuando se encuentre acorde con la norma de normas. Por esta razón, hemos acudido a ella con el objetivo de dar fundamento a varios criterios expuestos, a saber: la limitación de los derechos no puede ser absoluta, las leyes deben ser acordes con la Constitución, y los *Tratados Internacionales de derechos Humanos* son de obligatorio cumplimiento por los Estados firmantes.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL, Beatriz. LEDESMA, José de Jesús. Historia del Derecho Romano y de los Derechos neorromanistas (Desde los orígenes hasta la alta edad media). Novena Edición. Editorial Porrúa. México 2000.
- CEPEDA, Espinosa Manuel José. Derecho Constitucional Jurisprudencial. Legis. Primera Edición 2001.
- DE SAVIGNY, M.F.C. Sistema del Derecho Romano Actual. Tomo Primero. Madrid. Centro Editorial de Góngora. Segunda Edición.
- DEL VECCHIO, Giorgio. Los Principios Generales del Derecho. Librería Bosch. Ronda de la Universidad 11, Barcelona 1933.
- D'ORS, A. Y otros. El Digesto de Justiniano. Tomo III. Editorial Aranzadi Pamplona 1975 Versión Castellana.
- FRIEDRICH, C.J. La Filosofía del Derecho. Fondo de Cultura Económica. Tercera Reimpresión 1980.
- HEGEL, G. W. Friedrich. Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política. Editorial Edhasa. Segunda edición: octubre de 1999.
- JARAMILLO, J. Carlos Ignacio. Escuelas de los Glosadores, Canonistas y "Post-Glosadores". Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas 1996.
- KANT, Immanuel. Principios Metafísicos del Derecho. Editorial Americalee 1943.
- KUNKEL, Wolfgang. Historia del Derecho Romano. Ediciones Ariel. Barcelona. Tercera Edición 1972.
- LARENZ, Karl. Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica. Editorial Civitas, S.A. Primera Edición 1985.
- Metodología de la Ciencia del Derecho. Editorial Ariel. Barcelona – Caracas – México. 1980. Segunda Edición definitiva.
- MANS, Puigarnau Jaime M. Los Principios Generales del Derecho. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona 1979.
- NARANJO, Mesa Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá – Colombia 2000. Octava Edición.
- PRIETO, Sanchís Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Editorial Trotta S.A. 2003.
- SCHULZ, Fritz. Principios del Derecho Romano. Civitas Ediciones, S.L. Segunda edición 2000.

VALENCIA, Restrepo Hernán. Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho. Segunda Edición. Editorial TEMIS S.A. Santa Fe de Bogotá – Colombia 1999.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Civitas ediciones, S.L. Primera edición reimpresión 2001.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Corte Constitucional. Sentencia SU-747/98. Estado de Derecho Acción de Tutela - Hecho Consumado. Magistrado Ponente: Doctor: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 2 Para la comprensión de la división histórica, se sugiere al lector remitirse a: VALENCIA, Restrepo Hernán. Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho. Segunda Edición. Editorial TEMIS S.A. Santa Fe de Bogotá – Colombia. 1999. Pág. 122 - 129
- 3 Citado en: Valencia. Op. Cit. Página 123
- 4 Para profundizar sobre la validez de estos principios se sugiere al lector remitirse a: VALENCIA, Op. Cit. Página. 134
- 5 Idem. Página: 137
- 6 Para profundizar sobre las funciones de los principios regulares y los no regulares se sugiere al lector remitirse a: Idem. Página: 142
- 7 En: www.filosofiaderecho.com/rtfd/numero3/Pgd.html sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español. JIMÉNEZ, Roberto-Marino.
- 8 Idem. La división de la Edad Media se encuentra expuesta de la página 144 a 161
- 9 Sobre los motivos del desconocimiento del derecho romano en temprana y alta edad media, y su resurgimiento en el siglo XII el lector puede remitirse a: JARAMILLO, J. Carlos Ignacio. Escuelas de los Glosadores, Canonistas y "Post-Glosadores". Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas 1996. Capítulo 1. 2. Descripción de algunos factores que contribuyeron al ocaso del derecho romano clásico. Página: 39
- 10 Para instruirse sobre las características fundamentales de los glosadores se recomienda al lector remitirse a: Idem. 11. Características Esenciales. Página: 129
- 11 Idem. Página: 112
- 12 VALENCIA. Op.Cit. Página: 157
- 13 Con el objetivo de examinar las fases de los Brocardos se remite al lector a Idem. Página: 155
- 14 Idem. Página: 150.
- 15 Corte Constitucional. Sentencia No. C-574/92 Tratados Internacionales Tratado Internacional-Control de Constitucionalidad/Tránsito Constitucional/Pacta Sunt Servanda/Supremacía Constitucional. Magistrado Ponente: Doctor: Ciro Angarita Barón.
- 16 Código Civil Colombiano. Editorial Legis. S.A. 2003. Códigos Básicos. Página: 442.
- 17 Idem.
- 18 Corte Constitucional. Sentencia No. C-574/92. Op. Cit.
- 19 Corte Constitucional. Sentencia No. C-027/93. Tratado Internacional/Control de Constitucionalidad-Naturaleza/Ius Cogens. Magistrado Ponente: Doctor: Simón Rodríguez Rodríguez.
- 20 www.elabedul.net/Articulos/estatuto_antiterrorista.php
- 21 Idem.
- 22 LANDA, César. Sobre: Teorías constitucionales de los derechos fundamentales En: Teorías de los derechos fundamentales. www.caipe.org.pe/guia/teo.htm
- 23 Corte Constitucional. Sentencia C-475/97. Derechos Absolutos-Inexistencia. Magistrado Ponente: Doctor. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 24 Idem.

- 25 Se sugiere al lector remitirse a: CHINCHILLA, Herrera Tulio Heli. ¿Qué son y Cuáles son los Derechos Fundamentales? Editorial Temis. S.A. Santa Fe de Bogotá – Colombia. 1999. Capítulo I: Los Derechos Fundamentales como categoría especial de Derechos. 5. Los Derechos Fundamentales como Derechos Humanos Constitucionalizados y con garantía reforzada. Página: 58.
- 26 www.eltiempo.com. Marzo 17 de 2004. 1,5 millones de niños desplazados por el conflicto colombiano serán prioridad de Unicef este año
- 27 www.eltiempo.com. Marzo 16 de 2004. El 80% de los desplazados colombianos, en crisis por falta de alimentos.
- 28 Constitución Política de Colombia. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá – Colombia. 1995 Artículo 44.
- 29 Corte Constitucional. T-278/94. T-283/94. T-015/95. C-459/95. T-182/96. T-215/96. (Breves ejemplos)
- 30 Corte Constitucional. Sentencia C-521/98. Dignidad Humana - Naturaleza. Magistrado Ponente: Doctor: Antonio Barrera Carbonell.
- 31 www.elabedul.net/Articulos/estatuto_antiterrorista.php
- 32 Se recomienda al lector observar los diferentes Tratados Internacionales en: Compilación de Instrumentos Internacionales. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Primera edición, Bogotá, marzo de 2001.
- 33 Corte Constitucional. Sentencia C-327/97. Cosa Juzgada Constitucional - Inexistencia de delimitación de alcance. Derecho a la Libertad Personal - Limitaciones razonables y proporcionales. Magistrado Ponente: Doctor: Fabio Morón Díaz.
- 34 Corte Constitucional. Sentencia C-065/97. Jurisdicción Ordinaria-Determinación sentido autorizado de normas/Control de Constitucionalidad-Normas conforme a Constitución/Corte Constitucional-Interpretación de normas legales. Magistrados Ponentes: Doctor: JORGE ARANGO MEJÍA. Doctor: Alejandro Martínez Caballero.
- 35 En: www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/Informe2003_esp.doc
- 36 Idem. Página 16.
- 37 Se remite al lector, al trabajo desarrollado por PRIETO, Sanchís Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Editorial Trotta 2003. específicamente: 5. La Limitación de los Derechos Fundamentales y la Norma de clausura del sistema de libertades. 1. Se pueden limitar los derechos fundamentales?
- 38 58/187. Protección de los derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo. www.un.org/spanish/terrorismo/ag/res.htm

LA TITULARIZACIÓN DE ACTIVOS

(Primera Parte)

Autor: CARLOS ANDRÉS GONZÁLEZ LEÓN

Alumnos Colaboradores:

ALEJANDRA QUIROZ VALENCIA

JUAN JOSÉ REYES TRILLOS

VIRGILIO REYES TRILLOS

LA TITULARIZACIÓN DE ACTIVOS
AUTOR: CARLOS ANDRÉS GONZÁLEZ LEÓN
DIRECCIÓN: Facultad de Derecho UNAB
FECHA DE RECEPCIÓN: 20/06/2004

RESUMEN: Se pretende en esta primera entrega describir de manera general y con apego a los textos legales, el concepto y los procedimientos básicos de los procesos de titularización, por lo cual, obviamos conclusiones sobre el tema para el caso colombiano, por tratarse simplemente de una primera y esquemática aproximación.

DESCRIPTORES: titularización, activos, ley, Colombia, normas
KEY WORDS: titularización, assets, law, Colombia, norms
ABSTRACT: First delivery is tried in this to describe of general way and with attachment to legal texts, the concept and the basic procedures of the titularización processes, thus, we avoided conclusions on the subject for the Colombian case, to be simply one first and schematic approach

Se pretende en esta primera entrega describir de manera general y con apego a los textos legales, el concepto y los procedimientos básicos de los procesos de titularización, por lo cual, obviamos conclusiones sobre el tema para el caso colombiano, por tratarse simplemente de una primera y esquemática aproximación.

1. Descripción básica de los procesos de titularización o securitización de activos.

Durante los años noventa el país se debatía en la inserción del proceso de apertura económica lo que conllevaba un cambio en la estructura de los mecanismos de financiación nacionales. Esta dinámica implicaba de plano observar como en los procesos societarios de financiación empresarial se presentaban dificultades básicas por el hecho de la estructura tradicional de dependencia del sistema financiero de ahorro

y crédito, es decir, que la forma tradicional de financiación de los proyectos empresariales, no importaba cual fuera el tamaño de la empresa, siempre era la de solicitar crédito a alguna de las instituciones financieras, con las dificultades evidentes de manejo de la estructura de riesgo a través de los sistemas de garantías clásicos (hipotecas, prendas, fuentes de pago, fiducias en garantía), lo que implicaba para la sociedad, contar con los activos necesarios para la posible consecución de los créditos.

Esto además, debía observarse desde la óptica de la estructura cerrada de las sociedades en Colombia, es decir, que las sociedades no estaban interesadas en abrirse a nuevos socios diferentes de los fundadores de la actividad empresarial original, lo que traía como consecuencia, poner en entre dicho la separación entre la administración de los negocios y los conflictos con socios.

En ese marco aparece la dinamización del sistema financiero con la expedición de la Ley 27 de 1997 que buscaba abrir las sociedades con las, hoy incorporadas al estatuto mercantil (con la Ley 222 de 1995), acciones con dividendo preferencial sin derecho al voto. De otra parte, la Ley 45 de 1990 va a permitir la inserción dentro del panorama financiero de otra figura que aquí nos ocupa: la titularización de activos, al autorizar como mecanismo de obtención de recursos frescos, como se explicará adelante, para las instituciones financieras.

La titularización o securitización de activos consiste en un procedimiento por el cual se transforma un activo (flujo de caja futuro, inmuebles, créditos, proyectos, entre otros) en un nuevo activo que genera nuevos flujos de fondos para la empresa que desea realizar un proyecto. Por eso en el tema de la securitización se habla de movilización como elementos básico de su naturaleza comercial; movilizar significa transformar un activo en otro activo, lo que en el caso de la titularización constituye el hecho de que el activo original (por ejemplo unos planos con un proyecto, quizás un inmueble o un flujo futuro de caja, todos activos ciertos, presentes o futuros) se transforma en un título valor negociable en el mercado bursátil que permitirá conseguir recursos frescos para financiar proyectos actuales de la actividad societaria (o empresarial en general)¹.

2. Activos que se pueden titularizar

La práctica ha permitido la titularización de cualquier activo presente o futuro, sea bien corporal mueble o inmueble o bienes incorporeales. En ese sentido los

bienes que se pueden titularizar corresponden a una amplia gama que dependerá de la naturaleza del proyecto y, sobre todo, de la seguridad y efectividad que esperen las partes del proceso. Se reconocen tradicionalmente como bienes que pueden estar sujetos a procesos de titularización los siguientes:

- Títulos de deuda pública
- Títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.
- Cartera de crédito
- Documentos de crédito
- Activos inmobiliarios
- Rentas y flujos de caja futuros.
- Productos agropecuarios o agroindustriales.
- Procesos de titularización hipotecaria de la Ley 546 de 1999.

Sin embargo, es la Superintendencia de Valores, para el caso colombiano, la que está llamada a determinar que bienes pueden ser objeto del proceso de titularización, por lo que en últimas la autoridad administrativa es la encargada de abrir o cerrar la dinámica del procedimiento en bolsa. Esta reglamentación está contenida principalmente en la Resolución 400 de 1995, que se sigue de cerca en este trabajo.

3. Vías Jurídicas del proceso

La Resolución 400 de 1995 expedida por la Superintendencia de Valores, establece las siguientes vías de acceso para el procedimiento de titularización, en tendiendo por tales los mecanismos contractuales que pueden utilizarse como fundamento para realizar la actividad:

- Contratos de fiducia mercantil irrevocables. Definidos en el Código de Comercio, artículo 1226 y siguientes. Tienen como característica especial el conformar, una vez constituidos de manera debida, patrimonios autónomos afectos a una finalidad predeterminada en el acto constitutivo, tal finalidad será la administración de los recursos fideicomitidos (movilizados) para adelantar el proyecto de titularización y que permitirá a su vez financiar el proyecto empresarial que requiere de la financiación obtenida con el proceso.

- Fondos de valores de sociedades comisionistas de valores. Si bien no son contratos de fiducia, sino administración de fondos (colectivos o individuales, estos fondos por mandato de ley constituyen universalidades jurídicas denominadas patrimonios autónomos, produciendo efectos similares a los del negocio fiduciario, y en ese sentido, permitiendo la separación patrimonial entre los bienes fideicomitidos y el patrimonio del constituyente. Tal efecto, en las dos vías negociales, permite asegurar la tranquilidad de los adquirentes de títulos dentro del proceso.

4. Nuevos instrumentos financieros

La titularización amplía el marco general de los títulos existentes dentro del panorama cambiario colombiano al incorporar nuevas formas de instrumentos cambiarios o títulos valores. Al tenor del artículo 619 del Código de Comercio, los títulos valores en Colombia pueden ser de crédito (por ejemplo letras, pagarés, bonos, papeles comerciales, aceptaciones bancarias —estas últimas, como modalidad especial de las letras), de participación (como las acciones de las sociedades anónimas o de las comanditarias por acciones) o representativos de mercancías (como los conocimientos de embarque, la carta de porte aéreo, ferroviario o fluvial, o los certificados de depósitos de mercancías). Si bien esta clasificación mira el derecho que incorpora el título, es decir, el derecho que puede hacer exigible el tenedor del instrumento, en Colombia los títulos valores están definidos por la ley.

Lo anterior significa que las modalidades particulares de títulos necesariamente deben estar cumpliendo los requisitos generales del 621 del C. de Co. o, los particulares del título que corresponda dentro del marco legal. Por lo tanto nuevas formas de títulos deberán ser creados por ley o su equivalente según el ámbito de las facultades de la autoridad pertinente.

En el caso de los procesos de titularización, desde su formulación inicial a hoy, con la Resolución 400 de 1995, se han creado, como se indica en el subtítulo, **nuevos instrumentos financieros**, son estos:

- Títulos de participación
- Títulos de crédito
- Títulos mixtos

Debe quedar muy en claro que no se trata de la clasificación del artículo 619 del C. de Co. sino de nuevas formas de títulos que habrán de usarse dentro de los procesos de titularización y que, en adición, permitirán identificar el proceso mismo, son títulos al igual que se podría (haciendo un símil explicativo) hablar de un bono, una letra o un pagaré, sólo que aquí se denominan títulos de participación o de crédito o mixtos, dentro del proceso de titularización.

Así las cosas, un **título de participación en un proceso de titularización** es aquel que permite que el adquirente del instrumento obtenga un derecho de participación que le permitirá percibir las utilidades o rentas del negocio que se financia o que se titulariza. Se sujeta a los riesgos del negocio su utilidad.

Este título se diferencia de la acción societaria justamente en que el proceso de titularización busca financiar un proyecto y lo que se adquiere es un derecho sobre el proyecto y no un derecho de participación sobre una sociedad.

Título de deuda en un proceso de titularización es aquel que permite al tenedor exigir su derecho como acreedor del proceso, es decir, le permite percibir el pago del capital y de intereses. Este título se diferencia de un instrumento de deuda homogéneo y serial, como el bono, en que esta adquiriéndose deuda sobre el proyecto titularizado y no, como sucede en el bono, sobre una sociedad emisora.

Títulos mixtos en un proceso de titularización permiten a su tenedor obtener el beneficio de rentar una acreencia percibiendo intereses durante los periodos de realización del proyecto y, con posterioridad, combinar participación, en el momento de reparto de utilidades del proceso mismo. Muy parecido (remitimos a las diferencias anteriores) con el bono convertible en acción (BOCAS)

Además la Ley 546 de 1999 creó los **títulos hipotecarios** dentro de procesos de titularización, que no es más que la titularización de la cartera hipotecaria para lograr el recaudo de nuevos recursos frescos una vez que se moviliza el recurso.

En conclusión producto de la titularización aparecen cuatro modalidades básicas nuevas de títulos valores.

5. Ley de circulación de los nuevos instrumentos financieros:

Los títulos emitidos en procesos de titularización se sujetarán a las siguientes reglas:

- Término de redención de un año como mínimo.
- Amortizaciones parciales sólo autorizadas hasta un 30% anual.
- Término de redención no superior al contrato que lo origina
- Deben estar inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.
- Deben ser colocados por Oferta pública
- Deben incorporar derechos de participación, deuda o mixtos según la modalidad de instrumento.

6. Las partes del proceso de titularización

Son partes del proceso de titularización las siguientes:

- La empresa originadora: persona natural o jurídica nacional o extranjera (incluye entidades financieras del exterior, así como empresas públicas y privadas extranjeras).
- El Agente de manejo: Se encarga de recaudar los recursos producto del proceso y se relaciona jurídicamente con los inversionistas.
- Administradora: Su función es la obtención de la conservación, custodia y administración de bienes, traspasando los mismos con posterioridad y de acuerdo con el contrato original, al agente de manejo.
- La Colocadora o *Underwriter* o suscriptor profesional que se encarga de adelantar el proceso de emisión del negocio.

7. Modalidades Básicas en los procesos de titularización:

Aunque se ha indicado que los procesos de titularización de activos pueden ser muy amplios, se reconocen como los más importantes los siguientes:

- Titularización de Cartera de Créditos
- Titularización de Flujos de caja
- Titularización inmobiliaria, que puede ser:
 - * Titularización de un inmueble
 - * De proyectos de construcción
 - * Fondos inmobiliarios
- Titularización de Obras de infraestructura y servicios públicos
- Titularización hipotecaria: Ley 546 de 1999

8. Titularización de Cartera de Crédito y otros activos generadores de flujos de caja

Este proceso consiste en que una institución financiera (cartera de crédito) o una empresa (flujo de caja) moviliza un activo futuro y cierto (la cartera que se va pagando o el flujo de caja que se espera percibir) para convertirlos en títulos (de crédito, participación o mixtos, que el tercero adquiere y que permitirá obtener los recursos para realizar un proyecto (ampliar el marco del crédito, una obra, un proyecto de construcción, entre otras de las posibilidades).

Para ello se requiere:

- Establecer matemática o estadísticamente el flujo de caja que producen los activos.
- Si se trata de cartera de crédito determinar:
 - La categoría o combinación de categorías del crédito (evaluación de cartera).
 - Requiere de certificación de revisor fiscal
 - Determinación del Índice de Siniestralidad es decir, del riesgo de no percibir el flujo de fondo futuro o de que se impague la cartera de crédito titularizada.

➤ Determinación de Mecanismos de seguridad o de apoyo crediticio que garanticen el cumplimiento a los adquirentes de los títulos. Estos mecanismos de seguridad pueden ser internos o externos, según la garantía provenga del proceso mismo o de terceros, respectivamente. Son mecanismos internos o dependientes del proceso los siguientes:

- ◆ Subordinación de la emisión: Este mecanismo supone que se sujete la emisión a la suscripción de títulos emitidos por el proceso por el agente originador. De manera tal que en caso de iliquidez se pague con los dineros a los adquirentes diferentes del originador, asumiendo éste la pérdida que corresponda.
- ◆ Sobrecolateralización de la cartera: Se entregan créditos otorgados al fideicomiso por un mayor valor de los activos que se convierten en títulos dentro del proceso, asegurando así el flujo de caja correspondiente.
- ◆ Exceso de flujo de caja: se titulariza menos títulos que flujo de caja esperado. Por ejemplo, si el flujo de caja futuro esperado es de 3.000 millones se titulariza por 2.000 dando seguridad de pago por la liquidez que se espera recibir.
- ◆ Sustitución de cartera: Consiste en que la cartera de crédito fideicomitida se va sustituyendo en la medida en que el tiempo pase por cartera nueva, renovando la seguridad al proceso.
- ◆ Contratos de apertura de crédito: Artículo 1400 del C. de Co. Se autoriza disponibilidad de recursos por un banco, durante un periodo de tiempo, de tal forma que si el flujo no genera liquidez se puede acudir a la forma contractual citada para obtenerla.
- ◆ Aval del originador al proceso de titularización, en la medida en que el proceso no lo vincula normalmente, por tratarse del manejo de patrimonios autónomos.

➤ Son Mecanismos de seguridad o de apoyo crediticio de carácter externo los siguientes:

- * Avals o garantías de terceros
- * Seguro de crédito
- * Depósito de dinero (Art. 1173 C. de Co.).
- * Fiducias de garantía y fuente de flujos de pago

9. Titularización inmobiliaria

Esta forma de titularización vinculada a activos inmuebles, puede ser:

- **Titularización de un inmueble:** es decir, transferir un activo inmobiliario para efectuar su transformación en activos mobiliarios o títulos valores dentro del proceso. Sus requisitos son:
 - * La emisión no puede exceder el 110% del avalúo del inmueble (Circular ext, 17 de 1994).
 - * Existencia de un avalúo (Lonja de propiedad raíz o certificado por ella). Realizado con un no menos de 6 meses del proceso.
 - * El bien debe estar libre de gravámenes, condiciones resolutorias o limitaciones del dominios.
 - * Debe contratarse un seguro contra incendio y terremoto.
- * Cuando la emisión es de títulos de crédito con garantía en inmuebles titularizados además debe garantizar:
 - a. Un flujo externo: directamente del originador.
 - b. Flujo interno: Explotación del inmueble por vía contractual.
- **Titularización de proyectos de construcción:** En este caso lo que se titulariza no es el inmueble como tal sino el proyecto de construcción. Para ello se requiere:
 - ◆ Un Valor de la emisión: Hasta 100% del presupuesto total de costos del proyecto.
 - ◆ Avalúo (reglas igual al inmobiliario).
 - ◆ Lote libre de gravámenes
 - ◆ Estudio técnico de viabilidad del proyecto.
 - ◆ El presupuesto total del proyecto (terreno, diseño, estudios, programación de obra, administración, imprevistos y utilidades).

- ♦ Proyectos de construcción
 - ♦ Que los estudios económicos no pueden tener un estimado superior al 20% del presupuesto.
 - ♦ Solo se pueden emitir títulos mixtos o de participación.
 - ♦ Constitución de Pólizas de cumplimiento y manejo del anticipo por el constructor.
 - ♦ Requiere de sociedad interventora
 - ♦ Punto de equilibrio
 - ♦ Métodos de valoración del patrimonio autónomo
 - ♦ Proyectos de construcción
 - ♦ Mecanismo de cobertura especial: Subordinación: fideicomitentes originales tienen títulos de participación equivalentes a su participación en el fideicomiso. Se liberan con avance de obra.
- **Fondos inmobiliarios:** Son fondos comunes especiales con contrato de fiducia irrevocable. Sus reglas son:
- ♦ Debe adelantarse la Inversión en inmuebles, proyectos de construcción, valores de procesos de titularización, titularización de créditos hipotecarios.
 - ♦ Solo se emiten títulos de participación.

10. Obras de infraestructura y servicios públicos

En estos casos se permite la utilización de flujos de fondos determinados o determinables con base en estadísticas de los últimos 3 años para titularizar y adelantar con ello el proceso de obra o servicio público. Sus reglas son:

- * Determinación del flujo
- * Determinación del Costo del proyecto
- * Determinación del plazo de retorno de la inversión
- * Cumplimiento de las reglas de ley 80 de 1993 sobre registro de la constructora

- * Presencia de una Firma interventora
- * Mecanismos de cobertura
- * Si la obra es de Infraestructura vial requiere además:
 - Proyección de tráfico vehicular
 - Estudio de tarifas de peaje

11. Procesos de Titularización previstos en la Ley 546 de 1999

La Ley 546 de 1999 estableció como mecanismos de obtención de recursos para los bancos que financien la adquisición de vivienda la posibilidad de titularizar. Su reglamentación está contenida en la Resolución 0775 (Facultades conferidas por Art.12 y 14 de la Ley 546 de 1999) de la Superintendencia de valores. Las reglas de estos procesos de titularización de activos o créditos hipotecarios son:

- La emisión de títulos hipotecarios representativos de universalidades: creándose así una nueva forma de título valor producto del proceso de titularización
- Deben ser créditos otorgados para vivienda o construcción
- Forman la masa: garantías hipotecarias, derechos sobre los contratos de seguros (bienes y vida), derechos sobre contratos de apoyo crediticio, flujos de fondos de los activos.
- Confieren Capital, intereses y pagos por los activos titularizados se destinan al pago de los títulos del proceso. La inscripción de la emisión permite emisiones múltiples y sucesivas de títulos hipotecarios hasta por 3 años.
- El monto de la emisión se debe expresar en moneda legal, UVR, según sea el activo subyacente, sin perjuicio de otras convenciones.
- Debe haber un representante de los tenedores de títulos.
- La estructura de los títulos hipotecarios deberá contener:
 - a. Capital redimible durante la vida o al final de la vigencia del título.
 - b. Rendimientos y amortización trimestral vencido.

BIBLIOGRAFÍA

ASOBANCARIA. Introducción a la Titularización: aspectos jurídicos. Bogotá. 1994.

Arrubla Paucar, Alberto. La titularización de Activos y sus instrumentos contractuales. Dike. Medellín 1995.

Chalela Ortiz, Samuel Francisco y González León, Carlos Andrés. La titularización o la securitización de activos en Colombia en el marco de la Apertura Económica.

Universidad Externado de Colombia. Tesis de Grado Especialización en Derecho Comercial. 1993.

Normatividad

1. Ley 546 de 1999
2. Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores de Colombia
3. Código de Comercio Colombiano. Legis. Bogotá. 2003.
4. Ley 45 de 1990

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- I Ahora bien, suele utilizarse el término movilizar en algunos casos para referirse a la posibilidad de cambiar la naturaleza del bien, es decir de poder transformar activos cuya naturaleza es ser bienes inmuebles, en bienes muebles, o en todo caso en la transformación del activo, cualquiera sea su naturaleza, en una *res mobile*, en este caso títulos valores negociables en bolsa a través del proceso de titularización.

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO - JURÍDICAS TALLERES DE INVESTIGACIÓN 2003 Y 2004

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO - JURÍDICAS
TALLERES DE INVESTIGACIÓN
2003 Y 2004

1. NOMBRE DEL TALLER:

Análisis jurídico de la venta ilegal de obras musicales en el municipio de Bucaramanga desde la perspectiva de la protección de los derechos de autor.

OBJETIVO

Evaluar las causas que generan la inaplicabilidad de la legislación actual de protección de derechos de autor frente a la reproducción ilegal de obras musicales.

DIRECTOR

Laura Milena Parra Rojas

INTEGRANTES

Diana Becerra Hernández
Maryluz Cabrales Santiago
André Marcel Ariza

2. NOMBRE DEL TALLER:

Contratos de transporte de gas loan, parking, blending y pooling en el Derecho canadiense y su aplicación en Colombia.

OBJETIVO

Adquirir conocimientos fundamentales sobre los contratos de transporte de gas existentes en la legislación colombiana, analizando su viabilidad y eficacia; y la

posibilidad de analizar la incorporación de nuevos tipos de contratos de transporte existentes en la legislación de la República del Canadá.

DIRECTOR

Laura Milena Parra Rojas
Asesor: Luis Raúl Carvajal Almeida

INTEGRANTES

Juana Camila Gómez Franco
Johana Shirley León Jiménez
Camilo Martínez Puentes

Centro de Investigaciones Socio - Jurídicas. Talleres de Investigación 2003

3. NOMBRE DEL TALLER:

La servidumbre y expropiación frente a los derechos fundamentales individuales de propiedad privada y debido proceso en la prestación del servicio pública de transporte de gas.

OBJETIVO

La investigación debe estar encaminada a un fin, a un resultado y para lograrlo, es necesario enmarcar cada vez más el desarrollo de esta y pasar de aspectos generales a específicos.

DIRECTOR

Laura Milena Parra Rojas

INTEGRANTES

Carolina Prieto Macias
Juan Pablo Maldonado Serrano

4. NOMBRE DEL TALLER:

Aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos contractuales contenidos en la ley 80/93

OBJETIVO

Evaluar la aplicación de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos de carácter contencioso contractual contenidos en la ley 80 /93, determinando si

estos dentro de la práctica jurídica que se vive por parte de la administración municipal de Bucaramanga, alcanzan las finalidades consagradas por el legislador para dichos mecanismos.

DIRECTOR

Lilia Aidee Velasco Abril

INTEGRANTES

Carlos José Salazar Picón
Cristhian Camilo Gómez Chavarro

Centro de Investigaciones Socio - Jurídicas. Talleres de Investigación 2003

5. NOMBRE DEL TALLER:

Consecuencias jurídicas de los fallos proferidos por la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad en materia de créditos para la adquisición de vivienda en el período de 1999.

OBJETIVO

Controlar la legislación vigente en materia de otorgamiento de créditos para la adquisición de vivienda con relación al cambio constitucional de 1991 en relación con las facultades del congreso de la República y el Poder Ejecutivo sobre la materia.

DIRECTOR

Camilo Quiñónez Avendaño

INTEGRANTES

Lina María García Henao

6. NOMBRE DEL TALLER

Efectos jurídicos generados por la creación de la agencia nacional de hidrocarburos frente a los contratos de exploración y explotación petrolera.

OBJETIVO

Analizar las funciones otorgadas a la Agencia Nacional de Hidrocarburos en virtud del Decreto 2394 de 2003 frente a la regulación de los contratos de asociación en la exploración y explotación petrolera.

DIRECTOR

Laura Milena Parra Rojas

INTEGRANTES

Silvia Juliana Jaimes Ochoa
Olga Lucia Torres Rubiano
Silvia Marcela Vargas Ortega

Centro de Investigaciones Socio - Jurídicas. Talleres de Investigación 2003

7. NOMBRE DEL TALLER

Los docentes del sector público desplazados en el departamento de Santander y la política pública de reubicación de cara al ordenamiento jurídico.

OBJETIVOS

Realizar un análisis normativo que permita delimitar el tratamiento que de cara al ordenamiento jurídico se le da al desplazamiento de los docentes en Santander.

DIRECTOR

Lilia Aidee Velasco Abril

ASESOR

Mario Guevara Mendoza

INTEGRANTES

Jaime Andrés Echeverría R.
Zamir Eduardo Niño García
Gustavo Adolfo Rojas Bermúdez

8. NOMBRE DEL TALLER

Nacionalidad de la entidad encargada de certificar la firma digital a efectos de practicar la notificación de las providencias judiciales por medio de mensajes de datos.

OBJETIVOS

Determinar si la firma digital del secretario de despacho judicial impuesta en un mensaje de datos destinado a practicar una notificación debe ser acreditada por una

entidad de certificación de diferente nacionalidad a la colombiana, o si es necesario crear una entidad en nuestro país para que cumpla con esta función.

DIRECTOR

Mario Guevara Mendoza

INTEGRANTES

Jair Guillermo Arenas Pinto
Iván Gerardo Jácome Gutiérrez
Mérida Paola Roza Guazo
Christian David Moran Cuan

Centro de Investigaciones Socio - Jurídicas. Talleres de Investigación 2004

9. NOMBRE DEL TALLER

La regulación prudencial en el sistema financiero colombiano (Estudio del Decreto 2360 de 1993 sobre los cupos individuales de crédito)

OBJETIVOS

Realizar un estudio con respecto a la aplicación de la teoría de la regulación prudencial y las medidas que de esta se derivan en lo relativo a los cupos individuales de crédito, dentro del sistema financiero colombiano y de ésta manera compararlo con los diferentes fallos que han sido proferidos por las máximas autoridades administrativas.

DIRECTOR

Carlos Andrés González León

Asesor

Jorge Alberto Lamo Tapias

INTEGRANTES

Ana María Mantilla Gómez
Lucas Eduardo Silva Rueda
Hernán Uribe Ruíz
Carol Vivivana Pastrana Rangel

10. NOMBRE DEL TALLER

Análisis jurídico del tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados. Estudio de conveniencia y oportunidad para su adhesión por parte del Estado colombiano.

OBJETIVOS

Analizar desde la óptica de lo jurídico el Tratado sobre la Carta de la Energía y su protocolo sobre eficacia energética y aspectos medioambientales relacionados suscrito por los países de la Unión Europea, Federación Rusa, Japón entre otros, identificando sus principales características como tratado de derecho internacional.

Centro de Investigaciones Socio - Jurídicas. Talleres de Investigación 2004

DIRECTOR

Carlos Andrés González León

INTEGRANTES

Mónica María Robledo Cadavid.

11. NOMBRE DEL TALLER

Trascendencia del régimen de insolvencia en Colombia.

OBJETIVOS

Análisis y ejercicio de la ley de insolvencia, explorar los cambios que plantea esta ley, concretar las consecuencias que trae al sistema económico del país las normas propuestas en la ley de insolvencia y rastrear casos concretos de aplicación de las normas de insolvencia.

DIRECTOR

Juan Omar Rivero Arango

INTEGRANTES

Tatiana Milena Osma Guerrero

12. NOMBRE DEL TALLER:

Normatividad electoral vigente aplicable a la elección de alcaldes y seguimiento de las campañas políticas a las alcaldías de Bucaramanga, Floridablanca y Piedecuesta. Una relación desde el caso de las elecciones de alcaldes 2003-Bucaramanga y su área metropolitana.

OBJETIVO

Determinar hasta que punto la Normatividad electoral vigente referida a la elección de alcaldes y el seguimiento de las campañas políticas han contribuido a un mayor entendimiento en el análisis de la comprensión del comportamiento electoral de los ciudadanos pertenecientes a Bucaramanga y su área metropolitana en las elecciones realizadas el 26 de octubre de 2003.

DIRECTOR

Lya Fernández de Mantilla

Centro de Investigaciones Socio - Jurídicas. Talleres de Investigación 2004

INTEGRANTES

Henry Andrés Forero Medina

13. NOMBRE DEL TALLER:

Naturaleza jurídica de la contratación electrónica en la legislación colombiana.

OBJETIVO

- Recopilar la legislación existente acerca de la contratación electrónica en Colombia.
- Estudiar las diversas concepciones existentes acerca de la naturaleza jurídica de la contratación electrónica.
- Definir la naturaleza jurídica de la contratación electrónica en la legislación colombiana.

DIRECTOR

Mario Guevara Mendoza

INTEGRANTES

Cielo Ivett Villamizar Morales

14. NOMBRE DEL TALLER

Desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades-levantamiento del velo jurídico – Disregard of Legal Entity

OBJETIVO

Conocer la importancia de la implementación de la figura del disregar en nuestro ordenamiento jurídico.

DIRECTOR

Camilo Quiñónez Avendaño

INTEGRANTES

Luz Dary Alvarado Mateus
Fernando Enrique Castillo Guarín.

El arbitraje de esta edición de la Revista Temas Socio Jurídicos fue realizado por:

RTSJ007, RTSJ005, RTSJ006, RTSJ009, RTSJ010, RTSJ0016, RTSJ011.

El listado de las personas que colaboran como árbitros en la revista Temas Socio Jurídicos, se encuentra en el Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

 Correos de Colombia	CAMBIAMOS PARA SERVIRLE MEJOR A COLOMBIA	Le atendemos en los teléfonos: 4 29 73 20 - 3 34 03 04 980015503 Fax 2 43 89 62 Visite nuestra página web www.adpostal.gov.co
	ESTOS SON NUESTROS SERVICIOS VENTA DE PRODUCTOS POR CORREO SERVICIO DE CORREO NORMAL CORREO INTERNACIONAL CORREO PROMOCIONAL CORREO CERTIFICADO E.M.S. INTERNACIONAL SERVICIO POST EXPRESS RESPUESTA PAGADA ENCOMIENDAS FILATELIA, CORRA, FAX.	
 ADPOSTAL <i>Llegamos a todo el mundo!</i>		