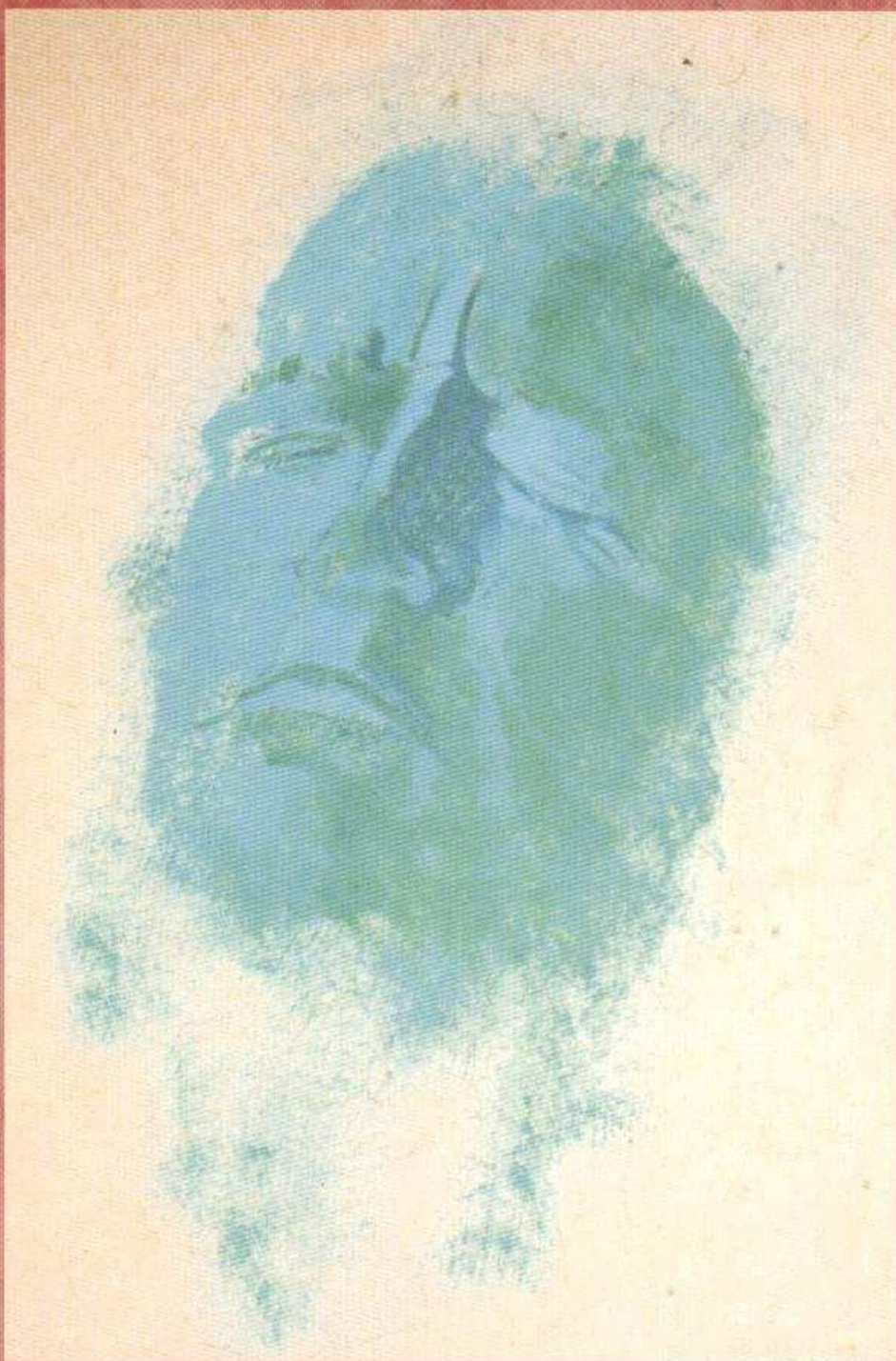


TEMAS SOCIO-JURÍDICOS



FACULTAD DE DERECHO
Revista del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
VOLUMEN 26 N°54 JUNIO DE 2008 ISSN 0120-8578



unab

Reseña Portada

Beatriz González Aranda



ació en Bucaramanga el 16 de noviembre de 1938, hija de Valentín González Rangel y Clemencia Aranda Mantilla.

“Artista, museóloga e historiadora del arte. Expone individualmente desde 1964 y obtuvo varios reconocimientos en el salón nacional de artistas (1965, 1967 y 1990). Se desempeñó como curadora jefe de las colecciones de arte e historia del Museo Nacional de Colombia (1989 - 2004).

Entre sus libros de arte colombiano se destacan José María Espinosa: abanderado del arte en el siglo XIX (1998) y Artistas en tiempos de guerra. Peregrino Rivera Arce (1990).

Actualmente adelanta una investigación iniciada en la década de 1980 sobre la historia de la caricatura en Colombia”.

Beatriz González, Santiago García, Germán Téllez, Premio Nacional Vida y Obra 2006, Ministerio de Cultura.

Inició estudios de arquitectura en la Universidad Nacional que no cumplió, por cuanto derivó hacia el estudio del arte renacentista bajo la dirección de Marta Traba en la Universidad de los Andes en 1957, y luego en artes gráficas en el programa de Bellas Artes en 1959.

Estudió pintura con Juan Antonio Roda, Armando Villegas, Julio Castillo y Carlos Rojas, y posteriormente grabado en la academia Van Beeldende Kunsten de Róterdam (Holanda).

Ha realizado exposiciones en el Museo de Arte Moderno de Bogotá, en el Salón de Pintoras de Cali, en el Salón Nacional de Artista en 1967, en la Galería Garcés Navas, durante treinta años, en la Bienal Poligráfica de San Juan de Puerto Rico en el 2005 y en la Bienal de Mercosur en Brasil en 2007.

ALBERTO MONTOYA PUYANA
Rector

GILBERTO RAMÍREZ VALBUENA
Vicerrector Administrativo

EULALIA GARCÍA BELTRÁN
Vicerrectora Académica

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

LAUREANO GÓMEZ SERRANO
Director - Editor

Facultad de Derecho

JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ
Decano

PABLO ANDRÉS DELGADO PEÑA
Coordinador de Facultad

Directores de Área

ANTONIO BOHÓRQUEZ ORDUZ
Área Profesional

LAUREANO GÓMEZ SERRANO
Área Científica

Directores de Línea

LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN
Derecho Penal

JORGE ENRIQUE PRADILLA ARDILA
Derecho Privado

ÁIDA FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS
Derecho Público

IVÁN SANTOS BALLESTEROS
Derecho Procesal

CARLO GUSTAVO GARCIA MENDEZ
Derecho Laboral

CARLOS ANDRÉS GONZÁLEZ LEÓN
Derecho Económico

Temas Socio-Jurídicos (Facultad de Derecho)	Bucaramanga Colombia	Vol. 26	No. 54	JUNIO 2008	ISSN 0120-8578
--	-------------------------	---------	-----------	---------------	----------------

Comité Editorial

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

Comité Literario:

Heriberto Sánchez Bayona
Carlos Andrés González León
Mario Guevara Mendoza

Portada: Máscara

Beatriz González Aranda

Editada por:

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

Diseño y Diagramación

Ideas Comunicación

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.

Editorial

La revista TEMAS SOCIO-JURÍDICOS llega a su edición número 54, en el vigésimo sexto año de publicación continuada con periodicidad semestral; ella es el resultado de la producción intelectual de la comunidad académica de la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA.

Participan en esta edición los profesores JOSÉ ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS y MARIA DEL ROCÍO ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, docentes e investigadores de las Universidades CARLOS III de Madrid y PABLO DE OLAVIDE de Sevilla respectivamente.

Igualmente se presentan los trabajos de los profesores MÓNICA CORTÉS FALLA, ROCÍO SERRANO GÓMEZ y MARY VERJEL CAUSADO, RUTH ADRIANA RUÍZ ALARCÓN, SALVADOR DÍAZ AMADO, LEONARDO AUGUSTO TORRES CALDERÓN, JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ, IVÁN SANTOS BALLESTEROS y LAUREANO GÓMEZ SERRANO.

La revista lamenta el fallecimiento del maestro EDUARDO UMAÑA LUNA, así como el del profesor RAMÓN MANTILLA REY, quienes honraron la cátedra jurídica en esta casa de estudios.

Bucaramanga, mayo de 2008.

LAUREANO GÓMEZ SERRANO
Director

El Terrorismo como Crimen contra la Humanidad

José Escribano Úbeda-Portugués

EL TERRORISMO COMO CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD

AUTOR: José Escribano Úbeda-portugués
DIRECCIÓN: jeubedap@der-pu.uc3m.es; jose.escribano@der-pu.uc3m.es;
jeup55@hotmail.com
FECHA DE RECEPCION: diciembre de 2007

RESUMEN: El presente artículo sostiene que algunos crímenes de terrorismo puedan ser objeto de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en cuanto crímenes de lesa humanidad en el marco del artículo 7.1 del Estatuto de Roma. Este artículo apoya que los crímenes de terrorismo que constituyan *delicta iuris gentium* se incluyan en el Estatuto de Roma a raíz de la Conferencia Internacional de Revisión del Estatuto en 2009.

PALABRAS CLAVE: Terrorismo, Derecho Internacional Público, Naciones Unidas, Crímenes contra la Humanidad.

ABSTRACT: The author states that some terrorism crimes can fall under the jurisdiction of the International Penal Court as crimes against humanity according to the definition given by article 7.1 of the Rome Statute. This article supports the inclusion of terrorism crimes as *delicta iuris gentium* in the Rome Statute on occasion of the International Conference for the revision of the statute that will be held in 2009.

KEY WORDS: Terrorism, International Public Law, United Nations, Crimes against the humanity.

El Terrorismo como Crimen contra la Humanidad

JUSTIFICACIÓN 1. INTRODUCCIÓN; 2. LA FALTA DE CONSENSO INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL CONCEPTO “ TERRORISMO “; 3 EL TERRORISMO COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD EN EL MARCO DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL 4. CONCLUSIONES

José Escribano Úbeda-Portugués

Doctor en Estudios Europeos por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid, (1998) y Doctor en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales por el Dpto. de Estudios Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid (2006). Profesor Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid; Master en Derecho Internacional Público, con especialidad investigadora en Estudios sobre Terrorismo por la Universidad Internacional de Andalucía; Master en Derecho Constitucional Comparado y Europeo por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.

JUSTIFICACIÓN

U

na de las ramas del Derecho Internacional Público que se está desarrollando en los últimos años con fuerza es el llamado Derecho Internacional Penal. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI), firmado en 1998, entrando en vigor el 1 de julio de 2002 ha supuesto un hito en el desarrollo del Derecho Internacional.

Los crímenes internacionales o *delicta iuris gentium* constituyen la violación de las normas de *ius cogens* en cuanto formas agravadas de vulneración de los Derechos Fundamentales de la persona.

El nuevo Terrorismo del siglo XXI con los dos caracteres que lo singularizan como son los rasgos de ser un terrorismo que actúa a escala planetaria o global y de ser un terrorismo con un alto grado de victimización masivo, constituye una flagrante violación del inalienable derecho a la vida de toda persona, como queda recogido en los distintos instrumentos jurídicos internacionales.

Si bien el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional recoge varios tipos de *delicta iuris gentium* como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, amén del crimen de agresión, aun no siendo definido éste último.

Pero el Terrorismo no aparece explícitamente como crimen internacional en el Estatuto de Roma. Aunque en el presente artículo y siguiendo una línea

doctrinal reconocida, los más graves crímenes de Terrorismo podrían ser encuadrables en el marco de los Crímenes de Lesa Humanidad, y por tanto, en aplicación del principio de responsabilidad penal individual, ser objeto de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

El propio Estatuto de Roma contempla que 7 años tras la entrada en vigor del mismo, es decir, en 2009, ha de haber una Conferencia Internacional de Revisión de tal instrumento. A raíz de ello, el presente artículo fundamenta la inclusión del Terrorismo en cuanto Crimen de Lesa Humanidad en el marco del Estatuto de Roma, proponiendo la necesaria inclusión explícita de los más graves crímenes terroristas en las disposiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo es el análisis de las relaciones entre el Terrorismo y el Derecho Internacional Penal en el ámbito de Naciones Unidas.

En relación con ello, se procederá al análisis de la situación actual en torno a la carencia de un consenso internacional sobre el concepto de 'Terrorismo'. Tal *lack* jurídico-internacional fue la causa principal de la no inclusión explícita del Terrorismo en el marco del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI).

No obstante, analizaremos la posibilidad de que los más graves Crímenes de Terrorismo sí que puedan ser objeto de la jurisdicción de la CPI en cuanto a su posible inclusión en sede del artículo 7.1 del citado Estatuto de Roma, en cuanto Crímenes de Lesa Humanidad.

2. LA FALTA DE CONSENSO INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL CONCEPTO “TERRORISMO”

En el ámbito de Naciones Unidas nos hallamos aún ante un obstáculo existente en el sistema jurídico internacional en materia de lucha contra el Terrorismo. Esto se debe a la inexistencia de un concepto, internacionalmente consensuado, de “Terrorismo”. Cabe destacar que la realidad jurídica internacional actualmente existente cuenta con 13 instrumentos jurídicos internacionales sobre las diversas manifestaciones del Terrorismo. No obstante, y coincidiendo con los análisis de expertos en la materia como ALCAIDE FERNÁNDEZ¹, tal *carácter fragmentario* de los diversos

instrumentos jurídicos internacionales que afrontan las diversas manifestaciones del Terrorismo, es buena prueba de la dificultad de consensuar en la Comunidad Internacional una definición de “ Terrorismo “. Por tanto, el carácter fragmentario de los 13 instrumentos jurídicos internacionales sobre Terrorismo y la falta de consenso internacional para alcanzar una definición internacional de “ Terrorismo “ con el fin de llegar a una *Convención General sobre Terrorismo* hace que tengamos que hablar de un verdadero déficit, por el momento, en el sistema jurídico internacional en materia de lucha contra el Terrorismo².

El análisis de ALCAIDE FERNÁNDEZ está en perfecta sintonía con el análisis que efectúa el *Grupo Asesor sobre las Naciones Unidas y el Terrorismo* (GANUT) sobre el déficit jurídico-internacional en relación con el Terrorismo .

Como sabemos, la causa de no haberse alcanzado en Naciones Unidas un consenso político internacional sobre el concepto de “Terrorismo” se ha debido a la falta de apoyo de diversos países en relación sobre el contenido del concepto “Terrorismo”. En efecto, para muchos países que han vivido experiencias de colonización u otros países por otros motivos, han defendido la posición internacional del concepto de “ luchas de liberación nacional”, no enmarcando muchos comportamientos violentos de ciertos grupos radicales en cuanto grupos terroristas o actividades terroristas, e identificando tales actuaciones violentas en cuanto “movimientos de liberación nacional”³ .

Por otra parte, con la posibilidad de superar el *carácter fragmentario* del sistema jurídico internacional en relación con el Terrorismo, recordemos que en el ámbito de la ONU existe un *Proyecto de Convención General sobre Terrorismo*. Cabe señalar que en el artículo 2 del Proyecto de Convención propuesto por la India, se nos ofrece el siguiente texto en relación con la tipificación de actos delictivos terroristas:

1.- “ Comete delito en el sentido de la presente Convención quien ilícita e intencionadamente y por cualquier medio realice una acción que tenga por objeto:

a) Causar la muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o

b) Causar daños graves en una instalación pública gubernamental, una red de transporte público, un sistema de comunicaciones o una instalación de infraestructura, con la intención de causar una destrucción significativa en ese lugar, instalación o red o de que esa destrucción produzca o pueda

producir un gran perjuicio económico, si el propósito de tal acción es, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo.

2.- También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo o la complicidad en ellos.

3.- También comete delito quien:

a) Organice, dirija o instigue a otros a los efectos de la comisión de uno de los delitos indicados en los párrafos 1 ó 2 del presente artículo; o

b) Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate⁴.

No obstante, el *Proyecto de Convención General sobre Terrorismo* cuenta con posiciones críticas sobre el texto propuesto por la India, como la de A. AUST, quien sostiene que tal Proyecto añade muy poco a las convenciones existentes en la lucha contra el Terrorismo⁵.

En relación con la cuestión de la definición de Terrorismo, autores como el citado A. AUST, además de C. WALTER⁶, V. RÖBEN⁷, o CASSESE⁸ piensan que la Convención de 1999 contra la financiación del Terrorismo contiene una definición de Terrorismo, Convención que ha sido bien recibida entre los autores, como A. PRONTO¹⁰, quien señala que la novedad de tal instrumento jurídico internacional radica en que no se refiere, por vez primera, a una manifestación del Terrorismo Internacional, sino que se dirige a aquellos individuos que se financian para cometer actos terroristas¹¹.

Un autor como CASSESE ofrece unas interesantes reflexiones sobre la falta de consenso internacional en torno al concepto de ' Terrorismo ¹² , señalando el autor que tal aseveración no es del todo correcta, pues en realidad hay varios instrumentos jurídicos internacionales como el anteriormente señalado y otros que ofrecen una definición o condena del Terrorismo. En este sentido, CASSESE señala que:

"A definition of terrorism does exist, and the phenomenon also amounts to a customary international law crime (...) The refusal of developed countries to accept this exception led to a stalemate, which has erroneously been termed as 'lack of definition'. What indeed was lacking was agreement on the exception. The general notion was not in question".

CASSESE arguye que en las Convenciones de Ginebra de 1949 ya estaba

presente la condena del Terrorismo y, por tanto, se deduce el acuerdo alcanzado para llegar a incluir tal concepto en tales Convenciones¹³. En efecto, en la Cuarta Convención de Ginebra de 1949 se condena el Terrorismo en su artículo 33.1, y de forma análoga en el Segundo Protocolo Adicional de 1977, en su artículo 4.2. También, señala CASSESE, que hay una referencia explícita a la condena de los actos terroristas en el artículo 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda. Tal línea analítica de CASSESE, se ve corroborada por la existencia de una definición de 'Terrorismo' contenida en la Resolución de la Asamblea General 54/109, de 9.12.1999, la cual contienen la Convención para la Supresión de la Financiación del Terrorismo. Así, en el artículo 2.1.b de tal Convención se entiende por Terrorismo:

“Any...act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation or armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing an act”¹⁴.

Por tanto, a juicio de CASSESE, existen definiciones sobre 'Terrorismo' efectuadas por distintas Resoluciones de la Asamblea, en concreto tanto la citada Res.54/109, de 9.12.1999, como la contenida en la Res. 49/60, de 9.12.1994¹⁵. Por todo ello, CASSESE concluye que, efectivamente, existe una 'suficientemente clara definición del crimen de Terrorismo, estando tal crimen prohibido en el marco del Derecho Consuetudinario Internacional.

Según CASSESE, para hablar del concepto de '*Crimen de Terrorismo Internacional*', se requieren tres elementos⁶⁵, a saber:

- i. Los actos deben constituir un delito penal en el marco de los sistemas jurídicos nacionales (como por ejemplo, el asesinato, el secuestro, la toma de rehenes, la extorsión, la tortura, los atentados con bomba, etc.
- ii. Los actos han de estar insertos en la finalidad de expandir el terror a través de una acción violenta o por medio de amenazas dirigidas contra un Estado, o bien contra grupos públicos o privados de personas.
- iii. Los actos deben estar motivados por causas de índole política, religiosa o ideológica. Es decir, los actos no pueden estar motivados en el alcanzar objetivos de intereses privados.

No obstante, el análisis de CASSESE señala el aún existente freno por parte de algunos países para consensuar un concepto internacional de Terrorismo, por la defensa que se hace de los llamados "*freedom fighters* ",

que en algunos países en ningún caso calificarían de terroristas a tales activistas ni tampoco calificarían los actos cometidos por aquellos de actos terroristas¹⁷.

Por otra parte, con posterioridad al 11-S, El Informe citado del GANUT (2002) delinea *algunas características generales del fenómeno del Terrorismo, como son las siguientes*¹⁸:

- i. *El Terrorismo, en la mayoría de los casos, es esencialmente un acto político.*
- ii. *La finalidad del Terrorismo es infligir daños dramáticos y mortales a civiles, y crear una atmósfera de temor, generalmente con fines políticos o ideológicos (ya sean seculares o religiosos).*
- iii. *El Terrorismo es un acto delictivo, pero se trata de algo más que simple delincuencia.*

A partir de tales notas definitorias del Terrorismo, el Informe del GANUT concluye que para superar el problema del Terrorismo es necesario comprender su carácter político y también su carácter básicamente criminal y su psicología.

Por lo que respecta a la doctrina española, contamos con definiciones del concepto de Terrorismo Internacional como la aportada por el Prof. REMIRO BROTONS¹⁹:

“ Podemos entender el terrorismo internacional como una aplicación de violencia a la población civil de forma indiscriminada con el fin de, mediante el terror, satisfacer objetivos políticos en el marco de las relaciones internacionales “.

Hay que señalar que, como se analizará a continuación, al analizar los Crímenes de Terrorismo en cuanto Crímenes de Lesa Humanidad contemplados en el art. 7 del ECPI, en la Conferencia de Roma de 1998, la falta de consenso a la hora de establecer una definición general de Terrorismo Internacional, es lo que llevó al fracaso o a la no inclusión explícita en el ECPI del tipo de Terrorismo en cuanto *delicta iuris gentium*.

En definitiva, se observa que el verdadero freno en el sistema jurídico internacional es el constituido por la falta de un instrumento jurídico internacional global que abarque todas las manifestaciones del Terrorismo Internacional y que supere el sistema fragmentario de los 12 instrumentos con los que cuenta el DI. La falta de consenso (político) en torno a la

definición internacional de “ Terrorismo “ es un obstáculo que frena el lograr y celebrar tal instrumento jurídico internacional.

3. EL TERRORISMO COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD EN EL MARCO DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL²⁰

Uno de los Documentos claves a la hora de analizar las relaciones del Terrorismo Internacional y el Estatuto de Roma de la CPI (ECPI)es el Acta Final de la Conferencia de Roma de 1998 por la que se establecía la Corte Penal Internacional²¹.

En concreto el Anexo I al Acta Final de Roma lleva por rúbrica “*Resoluciones aprobadas por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*”²². Pues bien, en la Resolución “E” del Anexo I al Acta Final de Roma, se señala lo siguiente en relación con el Terrorismo Internacional:

i. Se subraya la idea relativa a que los *actos terroristas*, independientemente de quien los cometa o el lugar donde sean perpetrados, e independientemente de cualesquiera que sean sus formas, métodos o motivos, constituyen a juicio de los Plenipotenciarios de Naciones Unidas *graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional*.

ii. La Conferencia de Roma llegó asimismo, en la Resolución “E” en cuestión a considerar que el Terrorismo constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Esto está en consonancia con el espíritu de numerosas Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptadas tras el 11-S, entre las que destaca la Resolución 1373 (2001), de 28.9.2001 del Cs²³.

iii. Así mismo, la Conferencia Diplomática de Roma, en la citada Resolución “E” del Anexo I al Acta Final de 1998, indica su pesar en relación sobre el hecho de no haber alcanzado un acuerdo sobre una *definición de los crímenes de terrorismo*, para que estos se hubieran incluido como *delicta iuris gentium* tipificados en el Estatuto de Roma de la CPI²⁴. Hay que señalar que, como ha indicado el Prof. REMIRO BROTONS²⁵, una de las Delegaciones que más se opuso a la inclusión de los Crímenes de Terrorismo en el Estatuto de Roma fue la Delegación de Estados Unidos.

iv. En relación con la Conferencia Internacional de Revisión del Estatuto de Roma de la CPI, prevista su celebración para el año 2009, la Resolución “E” del Anexo I al Acta Final de Roma de 1998, se refiere a una Recomendación, expresamente señalada en la mencionada Resolución. En efecto, en la Resolución “E” señala que se recomienda en tal Conferencia Internacional de Revisión del ECPI, en consonancia

con el artículo 123 del Estatuto de Roma, que se examinen los *Crímenes de Terrorismo* con una doble finalidad:

Por una parte, el reexamen de los *Crímenes de Terrorismo* que se produzca en la Conferencia Internacional de Revisión del ECPI, ha de tener el objetivo de llegar a una *definición* generalmente aceptable de los mismos.

Por otra parte, al reexaminar los *Crímenes de Terrorismo* en la Conferencia Internacional de Revisión del ECPI, se ha de plantear la posibilidad de que la Corte Penal Internacional²⁶ *ratione materiae* sean competente para los más graves crímenes de terrorismo que constituyan *delicta iuris gentium*²⁷.

A juicio de CASSESE, las principales causas de la no inclusión de los Crímenes de Terrorismo en cuanto tipos bajo la jurisdicción de la CPI, fueron las siguientes²⁸:

Primera: La principal causa se centraba en la falta de consenso internacional sobre el concepto de "Terrorismo".

Segunda: La inclusión del concepto de "Terrorismo" hubiese implicado la politización de la CPI.

Tercera: Los crímenes de Terrorismo no llegaban a ser lo suficientemente graves como para enmarcarse dentro de la jurisdicción de la CPI.

Cuarta: Los crímenes de Terrorismo serían perseguidos, de forma más efectiva, a nivel nacional, o por medio de acciones coordinadas entre varios Estados.

Por tanto, la razón principal de la no inclusión de los Crímenes de Terrorismo en cuanto *delicta iuris gentium* tipificados en el ECPI se debe a razones, estrictamente políticas, debido a la falta de consenso internacional sobre la definición de 'Terrorismo'.

Desde nuestro análisis, pensamos que los más graves Crímenes de Terrorismo pueden formar parte de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. La cuestión es la de analizar, en primer lugar, qué tipo de Crímenes Internacionales pueden llegar a ser Crímenes contra la Humanidad. Coincidimos con la posición doctrinal de autores como J.M.GÓMEZ-BENÍTEZ, quien sostiene que sólo algunos Crímenes de Terrorismo pueden ser objeto de la jurisdicción de la CPI²⁹.

En concreto, GÓMEZ BENÍTEZ sostiene que aquellos Crímenes de Terrorismo que cumplan las condiciones de ser incluidos en cuanto pertenecientes al tipo penal internacional de Crímenes contra la Humanidad, serán aquellos que pueden formar parte de la jurisdicción de la

CPI. En efecto, señala el autor varios elementos comunes de los Crímenes contra la Humanidad, a saber:

Primero: Los actos tienen que cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque³⁰.

Segundo: El ataque ha de ser dirigido contra una población civil como manifestación de una política de un Estado o de una organización³¹.

Tercero: El ataque contra una población civil ha de entenderse como una línea de conducta que implica la comisión múltiple y general o sistemática de los actos típicos³².

Cuarto: El ataque cometido ha de implicar la actuación con conocimiento del ataque (elemento subjetivo)³³.

Otro autor como CASSESE, señala que tanto en los Estatutos de los Tribunales Internacionales Penales *ad hoc*, respectivamente para Ruanda y la exYugoslavia (ECPR y ECPY) y en el Estatuto de Roma de la CPI se refieren a la comisión de tales Crímenes de Terrorismo cometidos contra la población civil.

Pero, CASSESE piensa que el Derecho Consuetudinario Internacional ofrece una aproximación más amplia que el Derecho de los Tratados. Así, un ataque dirigido contra instalaciones militares podría formar parte de un ataque sistemático contra un país, y ser considerado Crimen contra la Humanidad. Por ejemplo, según CASSESE, el ataque dirigido contra el Pentágono utilizando un avión civil podría suponer un Crimen contra la Humanidad, en cuanto que tal ataque contra la instalación militar estadounidense formara parte de una práctica de Terrorismo sistemática o generalizada contra instalaciones o personal estadounidenses, sean civiles o militares³⁵.

En cuanto a la inclusión específica de los Crímenes de Terrorismo en el marco de los Crímenes de Lesa Humanidad en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, pensamos que los más graves crímenes terroristas podrían ser objeto de la jurisdicción de la CPI, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7.1 del Estatuto de Roma. En este sentido, dispone el citado artículo:

“Artículo 7 - Crímenes de lesa humanidad

1.- A los efectos del presente estatuto, se entenderá por “ crimen de lesa “ humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato

b) Exterminio (..)

2.- A los efectos del párrafo 1:

a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política”³⁶.

La consideración del Terrorismo como Crimen contra la Humanidad conlleva el efecto de que los más graves Crímenes de Terrorismo en cuanto *delicta iuris gentium* son susceptibles de persecución universal.

En relación con lo anterior, REMIRO BROTONS³⁷ señala 2 efectos de la consideración de los actos de Terrorismo como Crímenes de Lesa Humanidad en el marco del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional:

Primero: Principio de Universalidad: Determinación expansiva de la jurisdicción de los Estados para procesar y condenar a los autores, cómplices y encubridores de tales crímenes contra la Humanidad, sea cual sea el lugar de su comisión (forum delicta commissi) y la nacionalidad o residencia de los sujetos activos y pasivos (víctimas).

Segundo: La posibilidad de procesamiento de los mayores terroristas ante la CPI: Lo cual implica la posible sumisión de los grandes terroristas a una jurisdicción penal internacional (Corte Penal Internacional).

La persecución universal de los Crímenes de Terrorismo no se realiza por el hecho de que haya o pueda haber o no víctimas de un Estado, sino por el hecho de que los Crímenes de Terrorismo participen del concepto de Crimen contra la Humanidad y haya un interés de los países que integran la Comunidad Internacional en perseguirlo de forma universal, al constituir un caso claro de responsabilidad penal internacional cuando el terrorismo tiene este carácter y, especialmente, cuando se utiliza como un método de represión político-ideológica y se desarrolla desde las estructuras del Estado o desde el mismo Estado a través de sus representantes. La aplicación práctica de la persecución universal del Terrorismo de Estado en cuanto Crimen contra la Humanidad, por tanto, en cuanto *delictum iuris gentium*, recientemente ha sido aplicado en la práctica judicial española por el Magistrado de la Audiencia Nacional, Baltasar GARZÓN en el caso del presunto criminal y terrorista de Estado, Ricardo Miguel CAVALLÓ³⁸.

Por otra parte, el antiguo Representante de España para los asuntos relacionados con la Corte Penal Internacional, y actual Embajador de España ante Naciones Unidas, JUAN ANTONIO YÁÑEZ-BARNUEVO

considera positivo el hecho de que los Crímenes de Terrorismo puedan entrar en la competencia *ratione materiae* de la CPI en cuanto Crímenes de Lesa Humanidad, a tenor del artículo 7.1 del ECPI. El Embajador J.A. YÁÑEZ-BARNUEVO estima que la no inclusión específica de los Crímenes de Terrorismo como *delicta iuris gentium* tipificados en el ECPI, no impide que algunos Crímenes terroristas puedan ser juzgados por la CPI. Por tanto, a juicio del Embajador YÁÑEZ-BARNUEVO no era necesaria la tipificación específica de los Crímenes de Terrorismo, al ser incluidos estos dentro de la categoría del Art. 7 del ECPI³⁹.

Por su parte, B. GARZÓN considera acertada la inclusión de los Crímenes de Terrorismo como Crímenes de Lesa Humanidad⁴⁰, tipificados en el artículo 7 del ECPI. En este sentido, señala el Juez Garzón:

“En cuanto a la inclusión de organizaciones, no ofrece duda alguna la idoneidad de las paraestatales, paramilitares y las terroristas, siempre que los actos típicos del art. 7 desarrollados se integren en ataque generalizado y sistemático contra un sector de la población civil, formando parte de un plan preconcebido dirigido contra ese sector, determinado por sus características permanentes o transitorias (gremiales, corporativas, culturales, económicas, nacionales, racionales, etc.). Por todo ello, en casos como el del terrorismo Islámico, el de ETA, IRA, FARC, etc., sus acciones en algunos casos pueden catalogarse como crímenes contra la humanidad y ser sometidos en su caso a la Corte Penal Internacional⁴¹”.

En cuanto a la posición del Grupo Asesor sobre las Naciones Unidas y el Terrorismo, en su Informe de 2002⁴², ve con satisfacción la posibilidad de que los más graves crímenes de Terrorismo sean sometidos a la CPI en virtud del art. 7 del Estatuto de Roma. El GANUT hace alusión a los delitos del *asesinato y el exterminio cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil*, como crímenes que, cometidos por terroristas, podrían ser juzgados por la CPI.

Por tanto, a nivel del GANUT, como a nivel doctrinal, hay una línea de posiciones convergentes a la hora de ver con satisfacción la posibilidad de que algunos crímenes cometidos por terroristas puedan ser sometidos al ámbito jurisdiccional de la CPI, en virtud del art. 7.1 del Estatuto de Roma como Crímenes de Lesa Humanidad. Eso sí, teniendo en cuenta los mecanismos condicionantes de activación jurisdiccional de la CPI, como en concreto es el carácter subsidiario de la misma respecto a las jurisdicciones nacionales. El párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma de la CPI señala que se entenderá por “ crimen de lesa humanidad tanto el asesinato como el

exterminio cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Asimismo, en el Párrafo 2.a) del artículo 7 se nos ofrece la definición de “*ataque contra una población civil*”, entendiendo por tal una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política.

Por tanto, caben destacar varios conceptos claves a la hora de analizar qué Crímenes de Terrorismo podrían ser sometidos a la competencia de la Corte Penal Internacional, en cuanto que sean tipificables como Crímenes de Lesa Humanidad. Por supuesto, Crímenes de Terrorismo que sean cometidos a partir del 1 de julio de 2002, fecha de entrada en vigor del ECPI, dado el carácter irretroactivo *ratione temporis* del Estatuto de Roma de la CPI:

- i. Los Crímenes de Terrorismo, por ejemplo, Crímenes de Asesinato o Exterminio, que se cometan como parte de *un ataque generalizado o sistemático* contra una población civil y *con conocimiento de dicho ataque* podrían ser sometidos a la Corte Penal Internacional.
- ii. Aquel Crimen de Terrorismo que suponga un “*ataque contra una población civil*” debe suponer una *línea de conducta* que implique la *comisión múltiple* de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil (Asesinato, Exterminio...), de conformidad con *la política de un Estado o de una organización* de cometer esos actos o para promover esa política”.

En tales 2 ideas claves deben resaltarse los siguientes aspectos:

Primero: Los Crímenes de Terrorismo en cuanto Crímenes de Lesa Humanidad que podrían ser sometidos a la jurisdicción de la CPI deben suponer la comisión de delitos que tengan el carácter de masivo (grado de intensidad) y planificado (sistemático). De ahí que el elemento de intencionalidad sea un rasgo necesario para la inclusión de algunos graves Crímenes de Terrorismo en el ámbito del tipo de Crímenes de Lesa Humanidad del artículo 7 del ECPI.

Segundo: En el párrafo 2, letra a) del artículo 7 del Estatuto de Roma se hace una distinción a la hora de establecer las responsabilidades penales correspondientes, establece una distinción entre la comisión de posibles Crímenes de Terrorismo, según la política de un Estado (lo que podríamos denominar Terrorismo de Estado) y la comisión de Crímenes

de Terrorismo por Organizaciones no estatales, es decir, Organizaciones o Grupos Terroristas (por ejemplo, la red terrorista Al-Qaeda y sus amplias ramificaciones terroristas vinculadas a tal red, que realizan una línea de conducta que implica la comisión múltiple de asesinatos masivos contra la población civil como, por ejemplo, en los casos del 11-S en Estados Unidos en 2001, el 11-M en Madrid en 2004, el 7-J en Londres en 2005, o el 11-D en Argelia en 2007, etc). Tanto en el caso del Terrorismo de Estado como del Terrorismo de las Organizaciones o Grupos Terroristas, las notas que se deben definir son las siguientes:

- i. Que cometan Crímenes de Terrorismo.
- ii. Que instiguen a cometer Crímenes de Terrorismo.
- iii. El sujeto pasivo de los Crímenes de Terrorismo, tipificables como Crímenes de Lesa Humanidad, ha de ser la *población civil*.
- iv. El concepto de *línea de conducta* implícitamente contiene los conceptos de *reiteración* o *multiplicidad* en la comisión de crímenes terroristas de los mencionados en el párrafo 1 del artículo 7 del ECPI.

En relación con los mecanismos de activación del Umbral Mínimo de Grado de Intensidad de los Crímenes de Terrorismo para ser tipificables en el tipo de crimen de lesa humanidad del artículo 7 del ECPI, hay autores que indican que, respecto del carácter reiterativo o múltiple de los crímenes terroristas que se cometan, pueden constituir, en su caso, *delicta iuris gentium*, tipificados como crímenes de lesa humanidad, ciertos actos de Terrorismo únicos :

*“no se precisa una multiplicidad de actos simultáneos y por diversas personas sino que, como afirma Gómez-Benítez, el acto constitutivo de crimen contra la humanidad puede ser único, pero debe formar parte de una línea de conducta que implique su reiteración, bien sistemática o bien generalizada, contra un sector de la población y no contra una persona individual como tal”*⁴³.

Por otra parte, el análisis del párrafo 1 del artículo 7 del ECPI ha de relacionarse con el Documento “*Elementos de los Crímenes*”⁴⁴.

En los *Elementos de los Crímenes de Lesa Humanidad* se establece que en relación con los posibles Crímenes de Terrorismo que se cometan, no es necesario que tales actos terroristas constituyan un ataque militar. Han de ir dirigidos contra una población civil. Y, siguiendo con la línea interpretativa, la “política ... de cometer un posible Crimen de Terrorismo” ha de requerir que el Estado o la organización terrorista promueva o aliente activamente un acto terrorista de esa índole contra una población civil.

Pero hay una cuestión importante de analizar en el párrafo 3 del artículo 7 en cuanto a la idea de *promocionar o alentar activamente un posible acto terrorista* susceptible de ser tipificable como crimen de lesa humanidad. En efecto, podríamos preguntarnos, ¿qué ocurre con la responsabilidad penal individual por conductas omisivas que han coadyuvado a la realización de un crimen de lesa humanidad?

De ahí la importancia de la llamada *cláusula excepcional* de la nota número 6 al párrafo 3 del art. 7 de los *Elementos de los Crímenes de Lesa Humanidad*, la cual establece, aunque con carácter de *circunstancias excepcionales*, la posibilidad de establecimiento de responsabilidad penal individual por la política tanto estatal como de una organización de haber alentado a la realización de un crimen de lesa humanidad, debido a una *omisión deliberada de actuar*. Literalmente, en tal nota número 6 se señala que :

“La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización”⁴⁵.

Los delitos de Asesinato o Exterminio por Crímenes de Terrorismo, para que sean tipificables en cuanto crímenes internacionales requerirán los siguientes *Elementos de los Crímenes de Lesa Humanidad*:

Hay dos Elementos comunes a ambos como son los ya mencionados anteriormente. Es decir, se requiere, en el caso de posibles Crímenes de Terrorismo, que los mismos se hayan cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil y que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Asu vez, hay varios elementos distintivos a los 2 delitos en cuestión:

- i. *Elementos de los Crímenes de Lesa Humanidad de asesinato*: Se requiere que el terrorista haya causado la muerte a una o más personas.
- ii. *Elementos de los Crímenes de Lesa Humanidad de exterminio*: Se requiere que el terrorista haya dado muerte a una o más personas, incluso mediante la imposición de condiciones de existencia destinadas

deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población. Recordemos que en la nota número 8 al artículo 7.1.b) de los *Elementos de los Crímenes de Lesa Humanidad*, se señala que la conducta podría consistir en diferentes formas de matar, ya sea directa o indirectamente. Además, se requiere que el Crimen de Terrorismo haya consistido en una matanza de miembros de una población civil o haya tenido lugar como parte de esa matanza.

4. CONCLUSIONES

Algunos Crímenes de Terrorismo pueden ser considerados Crímenes contra la Humanidad, en aplicación del artículo 7.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el cual entró en vigor el 1 de julio de 2002. Por tanto, los más graves Crímenes de Terrorismo podrían ser objeto de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Es de esperar que la falta de consenso internacional sobre el concepto "Terrorismo" se supere en el ámbito de Naciones Unidas para llegar a la celebración de la *Convención General sobre Terrorismo*, sobre todo a raíz de los efectos devastadores de los actos terroristas del 11-S en Estados Unidos (2001), el 11-M en Madrid (2004), el 7-J en Londres (2005) y otros tantos atentados masivos que han ocasionado numerosas víctimas.

El objetivo de alcanzar consensuadamente un criterio universal para la definición internacional de 'Terrorismo', ha de ser prioritario en Naciones Unidas, con el fin de aprobar el proyecto de instrumento jurídico-internacional mencionado.

Así mismo, constituiría un positivo desarrollo jurídico el que se pudieran incluir los más graves Crímenes de Terrorismo en cuanto *delicta iuris gentium*, tipificados en el marco del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuando se celebre la Conferencia Internacional de Revisión del mencionado Estatuto en 2009.

Bien es cierto que en lo regional, la Unión Europea ha sabido impulsar la lucha contra el Terrorismo tras los gravísimos atentados del 11-S o el 11-M. En efecto, la UE ha sabido consensuar una definición común de 'Terrorismo' y de delitos de Terrorismo con el fin de luchar activamente y con la máxima intensidad contra esta lacra presente en la Europa del siglo XXI.

En definitiva, la Comunidad Internacional, tanto en el plano universal de Naciones Unidas, como en concreto en el plano regional de la Unión

Europea, se enfrenta a un Terrorismo global y masivo que se vale de los medios tecnológicos, financieros y de información que le brinda las posibilidades de la Globalización para golpear vilmente las sociedades actuales. Es por ello que, más que nunca, la Comunidad Internacional ha de valerse del Derecho Internacional con el fin de aplicar el principio de responsabilidad penal internacional a aquellos individuos que cometan los más graves Crímenes de Terrorismo que constituyan *delicta iuris gentium*.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRREZÁBAL QUIJERA, Irune. El Tribunal Penal Internacional. Un desafío a la impunidad. En *Tiempo de Paz*, núm. 52-53 Verano 1999, p. 207-217.

ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín. La complementariedad de la CPI y de los tribunales nacionales. ¿ tiempos de ingeniería jurisdiccional ?, En J. A. Carrillo Salcedo . *La criminalización de la barbarie. La Corte Penal Internacional*, Premio Rafael Emperador 1999 , Consejo General del Poder Judicial, Madrid: 2000.

ALONSO RODRÍGUEZ, Francisco José. *La necesaria creación de la Corte Penal Internacional*. Texto disponible en Internet en la página de la Liga española Pro-Derechos Humanos.

AMBOS, Kai. *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*. Berlín: Duncker und Hombolt, 2002.

AMBOS, Kai. Elementos del crimen así como reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional. En KAI, Ambos (Coord.). *La Nueva Justicia Penal Supranacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 49-64.

AMBOS, Kai. La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional. En *La Nueva Justicia Penal Supranacional* En. KAI, Ambos (Coord.). *La Nueva Justicia Penal Supranacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 159-227.

AMBOS, Kai, y GUERRERO, O.J. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 239-242.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.). *El Derecho Penal Internacional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial VII, 2001, 250 p.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction au Droit Pénal International*. Bruxelles: Bruylant, 2002, 343 p.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *La Corte Penal Internacional*. Colección Estudios Penales, núm. 4. Madrid: Dykinson, 2002.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, 472 p.

CASSESE, Antonio; GAETA, P.; JONES, J.R.W. (Eds.). *The Rome Statue of the International Criminal Court - A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

CONDE-PUMPIDO, Cándido. *El Tribunal Penal Internacional y la aplicación efectiva de la Justicia Universal*. Conferencia pronunciada el 19.6.2002 en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, en Santander, en el marco del Encuentro celebrado en dicha Universidad con título. *Justicia Universal y Tribunal Penal Internacional. Santander 19-21 junio de 2002*.

CARRILLO SALCEDO, J. A. (Coord.). *La criminalización de la barbarie. La Corte Penal Internacional*, Premio Rafael Emperador 1999, Consejo General del Poder Judicial, Madrid: 2000.

DEOP, Xabier. La Corte penal Internacional. Un nuevo instrumento internacional contra la impunidad. En *Revista CIDOB d'afers internacionals*, núms. 51-52, diciembre 2000-enero 2001.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas. En QUEL LÓPEZ, F.J. (Ed.). *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, Escuela Diplomática. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y relaciones Internacionales, BOE, Madrid: 2000, p. 31-44.

ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, JOSÉ: *Terrorismo y Derecho Penal Internacional tras el 11-S: Nuevos desarrollos en la ONU y la UE*. Edita Universidad Internacio-nal de Andalucía, Sede Iberoamericana Santa María de la Rábida (Huelva), 2007.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En. QUEL LÓPEZ, F.J. (Ed.). *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, Escuela Diplomática. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, BOE, Madrid: 2000, p. 267-351.

GARZÓN, Baltasar. El Terrorismo y el Estatuto de Roma. En *Cuento de Navidad (es posible un mundo diferente)*. Ediciones de la Tierra, tercera edición, 2002, p. 131-138.

GIL GIL, Alicia. Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes. En *La Nueva Justicia Penal Supranacional (Kai, Ambos - coordinador - et ali)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 65-104.

GIL GIL, Alicia. *Derecho Penal Internacional*. Madrid: Tecnos, 1999.

GIL GIL, Alicia. La actuación de la Organización de las Naciones Unidas en materia de crímenes contra la humanidad y genocidio, en *XII Seminario Duque de Ahumada, Crímenes contra la humanidad y genocidio*, Ministerio del Interior, BOE, 2001, p. 59-63.

GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. Elementos comunes en los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español. En. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.). *El Derecho Penal Internacional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial VII, 2001, p. 9-36.

GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. El exterminio de grupos políticos en el derecho penal internacional: genocidio y crímenes contra la humanidad. En *Derecho y Proceso Penal*. Aranzadi, 2002-2, nº 4, p. 157 y ss.

GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel; GARZÓN, Baltasar. Terroristas, halcones y criminales de guerra [en línea]. En *El Nuevo Diario*. Nicaragua: 17.3.2002. Disponible en: <http://www.lainsignia.org/2002>

HUESA VINAIXA, Rosario. Incriminación universal y tipificación convencional (La paradójica relación tratado-costumbre en el ámbito de Derecho internacional penal). En QUEL LÓPEZ, F.J. (Ed.). *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, Escuela Diplomática. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y relaciones Internacionales, BOE, Madrid: 2000, p. 107-116.

KARAYAN, Mónica. La cooperación con una corte penal internacional permanente. En *La Nueva Justicia Penal Supranacional (Kai, Ambos - coordinador - et alii)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 343-371.

KAUL, Hans-Peter, y Kress, Claus. Jurisdicción y cooperación en el estatuto de la Corte Penal Internacional. Principios y compromisos. En *La Nueva Justicia Penal Supranacional (Kai, Ambos-coordinador-et alii)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 297-341.

LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Desarrollos previos a la entrada en vigor. En *Revista Española de Derecho Internacional, 2001, 1 y 2, Vol. LIII*,. Asociación española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Boletín Oficial del Estado, Madrid: 2002, p. 692-697.

LIROLA DELGADO, Isabel. La competencia material de la Corte Penal Internacional. La relación con el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. En QUEL LÓPEZ, F.J. (Ed.). *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, Escuela Diplomática. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y relaciones Internacionales, BOE, Madrid: 2000, p. 45-62.

LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*. Barcelona: Editorial Ariel, 2001.

MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen. Alcance de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Jurisdicción universal o nexos jurisdiccionales aplicables. En J. A. Carrillo Salcedo. *La criminalización de la barbarie. La Corte Penal Internacional*, Premio Rafael Emperador 1999, Consejo General del Poder Judicial, Madrid: 2000.

MÉNDEZ SILVA, Ricardo. *La Corte Penal Internacional*. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (versión digital en Internet), Núm. 98 mayo-agosto de 2000.

MENDOZA PALOMINO, Álvaro. *La Corte Penal Internacional y la Impunidad*. Bogotá, (Colombia) : [en línea]. Disponible en: <http://www.derechomilitar.info> 2000-2002. Universidad Militar Nueva Granada, noviembre de 2001.

O'SULLIVAN, Noël. *Terrorismo, ideología y revolución*. Madrid: Alianza, 1987, 272 p.

PIGNATELLI MECA, Fernando. La Corte Penal Internacional. En *Derecho Internacional Humanitario*. Edita Cruz Roja Española, 2002, Tema 21, p. 531-560.

PIGRAU SOLÉ, Antoni. Hacia un sistema de justicia internacional penal. Cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En QUEL LÓPEZ, F.J. (Ed.). *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, Escuela Diplomática. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, BOE, Madrid: 2000, p. 63-74.

QUEL LÓPEZ, F.J. (Ed.). La competencia material de los Tribunales Penales Internacionales. Consideraciones sobre los crímenes tipificados. En QUEL LÓPEZ, F.J. (Ed.). *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, Escuela Diplomática. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y relaciones Internacionales, BOE, Madrid: 2000, p. 79-104.

QUEZADA, Alejandra. El mecanismo de activación de competencia de la Corte Penal Internacional. En *Diplomacia*, nº 93, Santiago de Chile: julio-septiembre 2002, p. 91-110.

QUINTERO OLIVARES, G. El Derecho Penal ante la Globalización. En ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; DIEGO DÍAZ SANTOS, M. Rosario (Coords.). *El Derecho Penal ante la Globalización*. Madrid: Editorial COLEX, 2002, p. 11-25.
REMIRO BROTONS, Antonio. Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial. En BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.). *El Derecho Penal Internacional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial VII, 2001, p. 67-150.

REMIRO BROTONS, Antonio. La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal. En QUEL LÓPEZ, F.J. (Ed.). *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, Escuela Diplomática. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y relaciones Internacionales, BOE, Madrid: 2000, p. 193-235.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales. Condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales. En QUEL LÓPEZ, F.J. (Ed.). *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, Escuela Diplomática. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y relaciones Internacionales, BOE, Madrid: 2000, p. 167-190.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis. Aspectos penales de estatuto de la Corte Penal Internacional. En QUEL LÓPEZ, F.J. (Ed.). *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, Escuela Diplomática. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y relaciones Internacionales, BOE, Madrid: 2000, p. 133-162.

RUEDA FERNÁNDEZ, C. *Delitos de Derecho Internacional. Tipificación y represión internacional*. Barcelona: Bosch, 2001.

SAFFERLING, Christoph; J.M. *Towards and International Criminal Procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*. Obra presentada en la I Maestría sobre *Jurisdicción Penal Internacional. La represión nacional e internacional contra el Derecho de Gentes*, celebrada en el Módulo Presencial durante los meses de 16.9.2002 a 13.12.2002 en la Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana de la Rábida. Obra inédita, Albacete: 2002.

TEITELBAUM, Alejandro. *La nueva Corte Penal Internacional*. En *ALAI, América Latina en movimiento*, 11.4.2002.

YÁÑEZ-BARNUEVO, Juan Antonio. La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Balance y perspectivas . En. QUEL LÓPEZ, F.J. (Ed.). *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, núm. 4, Escuela Diplomática. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, BOE, Madrid: 2000, p. 17-28.

YÁÑEZ-BARNUEVO, Juan Antonio (Coord.). *La Justicia Penal Internacional. Una perspectiva iberoamericana*. Casa de América, Madrid: 2001.

YÁÑEZ-BARNUEVO, Juan Antonio. Hacia un tribunal de la Humanidad. La Corte Penal Internacional. En *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*. Vol. V. Tirant lo Blanch, Valencia: 2001, p. 805-830.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; DIEGO DÍAZ SANTOS, M. Rosario (Coords.). *El Derecho Penal ante la Globalización*. Madrid: Editorial COLEX, 2002, 191p.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1 ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín: " La " guerra el terrorismo " : ¿ una " OPA hostil " al Derecho de la comunidad internacional ?". En *Revista Española de Derecho Internacional*, 2001, 1 y 2, Vol. LIII,. Asociación española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2002, pp. 290-291. El Profesor ALCAIDE FERNÁNDEZ señala recalca también las *dificultades sustantivas de los Tratados sobre Terrorismo (Permiten denegar la extradición y la asistencia judicial en materia penal sobre la base de la Doctrina de los delitos políticos (salvo para los terroristas con bombas y la financiación del terrorismo)*, sobre esto último, vid.: *Ibidem*, p. 291., y nota a pie número 5.

2 El análisis del Informe del GANUT-2002 advierte 2 carencias en el sistema jurídico internacional en materia de Terrorismo Internacionales: En primer lugar, se señala que los actuales instrumentos jurídicos internacionales relativos al Terrorismo no forman un régimen integrado, existiendo aún vacíos. Asimismo, el GANUT añade que el ritmo de ratificación de los distintos instrumentos jurídicos internacionales en materia de Terrorismo Internacional sigue siendo lento. Al respecto, vid.: Naciones Unidas - Secretario General - : *Informe del Grupo Asesor sobre las Naciones Unidas y el Terrorismo*, 2002, apartado número 23

3 Para un interesante estudio sobre tal tema, vid.: CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p.120-121.

4 En relación con tal Proyecto, vid. el siguiente documento : Naciones Unidas - Asamblea General: *Medidas para eliminar el terrorismo internacional*. Informe del Grupo de Trabajo. Quincuagésimo quinto período de sesiones. Sexta Comisión. A/C.6/55/L.2., Anexo II " Documento de trabajo presentado por la India en relación con el proyecto de convención general sobre el terrorismo internacional " . Distr. limitada, 19.10.2000.

5 AUST, Anthony: *Comment to the Presentation by Volker Röben*. En la Conferencia " *Terrorism as a Challenge for National and International Law* ", Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 24-25 de enero de 2003, p.4 Trabajo disponible en la siguiente dirección de Internet: <http://edoc.mpil.de/conference-on-terrorism/index.cfm>

6 WALTER indica que fue la *Convención para la Supresión de la Financiación del Terrorismo*, de N.York, 9.12.1999, la que ofrece una primera definición de Terrorismo en DI (art. 2.1.b): " any (...) other act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organisations to do or to abstain from doing any act ". En WALTER, Christian: *Defining Terrorism in National and International Law*. Trabajo presentado en la Conferencia " *Terrorism as a Challenge for National and International Law* ", Max Planck Institute for

Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 24-25 de enero de 2003, p. 12. Trabajo disponible en la siguiente dirección de Internet: <http://edoc.mpil.de/conference-on-terrorism/index.cfm>. En su análisis del fenómeno del Terrorismo Internacional Walter distingue entre *el elemento objetivo y subjetivo del Terrorismo*: " *Terrorism requires an objective and a subjective element. The objective element is a criminal offence of a certain gravity, mainly the use of physical violence against person. The possible offences have increasingly been stretched to include the destruction or serious damage to public (or sometimes even private) property, including infrastructure facilities. The subjective element requires, alternatively, the intention to coerce (in different degrees according to different definitions) a government or an international organisation. Where the intention to create fear within the population is sufficient, some definitions require political, religious or other ideological motives, in order to distinguish terrorism from other forms of large scale criminality* ", *Ibidem.*, p. 21.

7 RÖBEN, Volker: *The Role of International Conventions and General International Law in the Fight against International Terrorism*. Trabajo presentado en la Conferencia " *Terrorism as a Challenge for National and International Law* ", Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 24-25 de enero de 2003, p. 34, nota 71. Trabajo disponible en la siguiente dirección de Internet: <http://edoc.mpil.de/conference-on-terrorism/index.cfm>

8 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 121.

9 AUST, Anthony, *Ibidem*, p. 4.

10 PRONTO, Arnold N.: *Comment*. En *Asil Insights*. The American Society of International Law (ASIL). September 2001. Trabajo disponible en la siguiente dirección de Internet: www.asil.org/insights/insight77.htm

11 *Vid. al respecto al artículo 2 de la Convención mencionada contra la financiación de las actividades terroristas de 1999.*

12 *Vid. al respecto, CASSESE, Antonio. International Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2003, 472 p.*

13 CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 121.

14 *Cit. por CASSESE, A. Op. cit., p. 122.*

15 " *Criminal acts intended or calculated to provoke a state of terror in the general public, a group of persons or particular persons for political purposes are in any circumstance unjustifiable, whatever the considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or any other nature that may be invoked to justify them* ". Parágrafo 3 de la Declaración anexa a la Res. 49/60, de 9.12.1994 de la Asamblea General. *Cit. en CASSESE, op. cit., p. 124.*

16 CASSESE, A. Op. cit., p. 124.

17 CASSESE, A. Op. cit., p. 130.

18 *Informe del Grupo Asesor sobre las Naciones Unidas y el Terrorismo*, apartado número 13.

19 REMIRO BROTONS, Antonio: " Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden " . En *Revista Española de Derecho Internacional*, 2001, 1 y 2, Vol. LIII., Asociación española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2002, p. 127.

20 Para un análisis del Terrorismo en el marco del art. 7 del ECPI, vid.: REMIRO BROTONS, Antonio: *Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden*. Op. cit., p. 128-129

21 *Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*. Doc. A/ CONF. 183/10. Roma. 17.7.1998.

22 El texto de la Resolución E del Anexo I al Acta Final de Roma de 1998, en lo que respecta a la consideración de los actos terroristas como crímenes internacionales es, literalmente, el siguiente. *Reconociendo que los actos terroristas, por quienquiera y dondequiera que sean perpetrados y cualesquiera que sean sus formas, métodos o motivos, constituyen graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional*. En. relación con lo anterior, vid.: *Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*.. Doc. A/ CONF. 183/10. Roma. 17.7.1998, p. 8.

23 Naciones Unidas - Consejo de Seguridad - *Resolución 1373 (2001)*. Asimismo, el texto literal de la Resolución E del Acta Final de Roma de 1998 relativo a que el Terrorismo Internacional es una amenaza a la paz y la seguridad internacionales es el siguiente. *La Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, (...) Profundamente alarmada por la persistencia de estos flagelos (alude los actos terroristas y el tráfico internacional de drogas ilícitas), que constituyen graves amenazas a la paz y la seguridad internacionales*. La fuente del texto en cuestión es: *Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*.

24 El texto literal de la Resolución E es el siguiente. *Deplorando que no se haya podido llegar a un acuerdo sobre una definición generalmente aceptable de los crímenes de terrorismo (...) para que quedaran comprendidos en la competencia de la Corte* . La fuente del texto es la siguiente : *Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*.

25 REMIRO BROTONS, Antonio: Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden . En. *Revista Española de Derecho Internacional*, 2001, 1 y 2, Vol. LIII, .Asociación española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Boletín Oficial del Estado, Madrid: 2002, p. 128.

26 Para un estudio de la Corte Penal Internacional, entre otros, vid.;; AMBOS, Kai: Elementos del crimen así como reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional. En. *La Nueva Justicia Penal Supranacional (Kai, Ambos - coordinador - et alii)*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2002, p. 49-64; AMBOS, Kai: La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional. En. *La Nueva Justicia Penal Supranacional (Kai, Ambos - coordinador - et alii)*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2002, p. 159-227; AMBOS, Kai, y GUERRERO, O. J. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 239-242; BASSIOUNI, M. Cherif: *Introduction au Droit Pénal International*. Bruxelles: Bruylant, 2002, 343 p.; BUENO ARÚS, Francisco : Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998. En. QUEL LÓPEZ, F.J. (Ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional, op.cit.*, 117-132; CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás: *La Corte Penal Internacional*. Colección Estudios Penales, núm. 4. Madrid: Dykinson, 2002; CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (Dir.): *La criminalización de la barbarie. La Corte Penal Internacional*, Premio Rafael Emperador 1999, Consejo General del Poder Judicial, Madrid: 2000; CASSESE, Antonio: *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, 472 p.; CONDE-PUMPIDO, Cándido: *El Tribunal Penal Internacional y la aplicación efectiva de la Justicia Universal*. Conferencia pronunciada el 19.6.2002 en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, en Santander, en el marco del Encuentro celebrado en dicha Universidad con título: *Justicia Universal y Tribunal Penal Internacional. Santander 19-21 junio de 2002*; DEOP, Xabier. La Corte penal Internacional. Un nuevo instrumento internacional contra la impunidad. En *Revista CIDOB d'afers internacionals*, núms. 51-52, diciembre 2000-enero 2001; HUESA VINAIXA, Rosario. Incriminación universal y tipificación convencional (La paradójica relación tratado-costumbre en el ámbito de Derecho internacional penal). En. QUEL LÓPEZ, F.J. (Ed.). *Creación de una jurisdicción penal internacional, op.cit.*, p. 107-116; KARAYAN, Mónica. La cooperación con una corte penal internacional permanente. En. *La Nueva Justicia Penal Supranacional (Kai, Ambos - coordinador - et alii)*. Tirant lo Blanch, Valencia: 2002, p. 343-371; KAUL, Hans-Peter, y Kress, Claus. Jurisdicción y cooperación en el estatuto de la Corte Penal Internacional. Principios y compromisos. En *La Nueva Justicia Penal Supranacional (Kai, Ambos - coordinador - et alii)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 297-341; GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. Elementos comunes en los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español. En. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.). *El Derecho Penal Internacional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial VII, 2001, p. 9-36; ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. Aplicación del Derecho Internacional Humanitario por las jurisdicciones nacionales . En. QUEL LÓPEZ, F.J. (Ed.). *Creación de una jurisdicción penal internacional, op.cit.*, p. 237-264; PIGNATELLI MECA, Fernando. La Corte Penal Internacional . En. *Derecho Internacional Humanitario*. Edita Cruz Roja Española, 2002, Tema 21, p. 531-560; PIGRAU SOLÉ, Antoni. Hacia un sistema de justicia internacional penal. Cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional . En. QUEL LÓPEZ, F.J. (Ed.) : *Creación de una jurisdicción penal internacional, op.cit.*, p. 63-74; RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: Aspectos penales de estatuto de la Corte Penal Internacional. En QUEL LÓPEZ, F.J. (Ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional, op.cit.*, p. 133-162; y GAVRON, Jessica: *Amnesties in the light of developments in international law and the establishment of the international criminal court*. En *International & Comparative Law Quarterly*, The British Institute of International and Comparative Law. Oxford: Oxford University Press, Vol. 51, Enero de 2002, p. 91-117.

27 El texto literal de la Resolución "E" es el siguiente: "La Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, (...) Recomienda que en una Conferencia de Revisión, de conformidad con el artículo 123 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se examinen los crímenes de terrorismo (...) con miras a llegar a una definición aceptable y a que queden comprendidos en la lista de crímenes de la competencia de la Corte". La fuente del texto es la siguiente: *Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*.

28 CASSESE, Antonio: *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 125.

- 29 Sobre la posición doctrinal del Prof. GÓMEZ-BENÍTEZ en relación con los Crímenes de Lesa Humanidad, vid. los siguientes trabajos: GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. Elementos comunes en los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español. En. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.): *El Derecho Penal Internacional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial VII, 2001, p. 9-36; y GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. El exterminio de grupos políticos en el derecho penal internacional: genocidio y crímenes contra la humanidad. En. *Derecho y Proceso Penal*. Aranzadi, 2002-2, nº 4, p. 157 y ss.
- 30 GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel: Elementos comunes en los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional ..., op. cit., p. 20-26.
- 31 GÓMEZ-BENÍTEZ, J.M. *Ibid*.
- 32 GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. Elementos comunes en los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional..., op. cit., p. 27-30.
- 33 GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel, op. cit., p. 30-36.
- 34 CASSESE, Antonio: *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 128.
- 35 CASSESE, A.: *Ibid*.
- 36 El texto del art. 7 del ECPI ha sido citado a partir de la siguiente fuente. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. En. QUEL LÓPEZ, F.J. (Ed.). *Creación de una jurisdicción penal internacional*. Madrid: Colección Escuela Diplomática, núm. 4, Escuela Diplomática. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, BOE, 2000, p. 267-351.
- 37 REMIRO BROTONS, Antonio: Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden. En *Revista Española de Derecho Internacional*, 2001, 1 y 2. Vol. LIII.. Madrid: Asociación española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Boletín Oficial del Estado, 2002, p. 128-129.
- 38 En junio de 2003 fue extraditado por México a España Ricardo Miguel CAVALLLO, capitán de corbeta argentino, encargado de la ESMA (Escuela de Mecánica de la Armada), sita en Buenos Aires, en la cual se cometieron durante el período de la Dictadura militar argentina (1976-1983) una serie de actos criminales constituyentes de *delicta iuris gentium*. El 24 de agosto de 2000, el presunto criminal CAVALLLO fue detenido a petición del Juez B. Garzón en Cancún, siendo extraditado a España, como se ha dicho, a finales de junio de 2003. Hay que subrayar que México extraditó a CAVALLLO por la comisión de 2 crímenes: Genocidio y Terrorismo.
- 39 YÁÑEZ-BARNUEVO, Juan Antonio: *Comentarios sobre la inclusión de los Crímenes de Terrorismo como Crímenes de Lesa Humanidad del art. 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Sevilla: Conferencia impartida en el marco de la Primera Maestría sobre Jurisdicción Penal Internacional de la Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana de la Rábida, 20.11.2002.
- 40 GARZÓN, Baltasar: El Terrorismo y el Estatuto de Roma, op. cit., p. 131-138. Similares consideraciones son aportadas por el autor en: GARZÓN, Baltasar. La Corte Penal Internacional y el Terrorismo. Sevilla: Conferencia impartida en el marco de las Jornadas de Debate Social organizadas por la Universidad Internacional de Andalucía. *La Globalización de la Justicia*. Conferencia celebrada en el Rectorado de la Universidad Internacional de Andalucía. 19.11.2002.
- 41 GARZÓN, Baltasar: El Terrorismo y el Estatuto de Roma, op. cit., p. 138.
- 42 Especial importancia en el Informe del GANUT-2002 tiene su análisis sobre Terrorismo Internacional y el Derecho Penal Internacional, específicamente, en lo relativo a las relaciones entre el fenómeno del Terrorismo Internacional y la Corte Penal Internacional. El GANUT considera positivo en la lucha contra el Terrorismo Internacional que los delitos más graves cometidos por terroristas sean sometidos a la Corte Penal Internacional (CPI) en virtud al Estatuto de Roma (siempre que el Tribunal Nacional pertinente no pueda o no quiera entablar una causa). Así, en el art. 7 del Estatuto de Roma. relativo a los Crímenes de Lesa Humanidad, se incluyen los tipos del *asesinato y el exterminio cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil*. Es por ello, que el GANUT arguye que ciertos actos terroristas pueden procesarse en virtud del Estatuto de Roma. Al respecto vid.: NACIONES UNIDAS - SECRETARÍO GENERAL - . *Informe del Grupo Asesor sobre las Naciones Unidas y el Terrorismo*, apartado número 26.
- 43 GARZÓN, Baltasar. El Terrorismo y el Estatuto de Roma, op. cit., p. 138. Sobre la posición doctrinal del Prof. GÓMEZ-BENÍTEZ al respecto, vid. los trabajos mencionados anteriormente.
- 44 NACIONES UNIDAS (Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional). *Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes*. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2. Nueva York, 2.11.2000, p. 10-18.
- 45 Naciones Unidas (Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional). *Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes*, p. 10.

Comentarios al
Código de Comercio
del Estado de Santander

Mónica Cortés Falla

COMENTARIOS AL CÓDIGO DE COMERCIO DEL ESTADO DE SANTANDER

AUTOR: Mónica Cortés Falla
FECHA DE RECEPCION: abril 2008
DIRECCIÓN: mcortesf@unab.edu.co

RESUMEN Durante la existencia del Estado de Santander, en la región se regularon las instituciones y relaciones jurídicas comerciales propias de la época, marcadas por el ideal liberal e individualista que aparece claro en el Código de Comercio de 1863 en los tres libros sobre el comerciante, los contratos y obligaciones y la quiebra, que se comentan con fundamento en esta valiosa fuente de conocimiento jurídico del Siglo XIX.

PALABRAS CLAVE : Código, Comercio, Estados, Individualismo, Comerciantes, Santander, Siglo XIX.

ABSTRACT: During the existence of the State of Santander, the commercial and legal relations that were common at the time, were regulated in the region under the frame of the individualistic and free thinking ideal that can be clearly appreciated in three sections of the 1863 Commerce Code concerning the merchant: contacts and obligations and bankruptcy. The author comments these sections based on this valuable source of judicial knowledge of the XIX century.

KEY WORDS: Code, to trade, states, individualism, traders, Santander, XIX century.

Comentarios al Código de Comercio del Estado de Santander

Mónica Cortés Falla

En este escrito se comenta brevemente el contenido de los tres libros que integran el Código de Comercio de Santander, escenario en el que hombres y familias unidas se comprometen en negocios que les llevarán en la segunda mitad del Siglo XIX a constituirse en una región pujante del territorio nacional.

La presentación que se hace del Código contiene apuntes sobre los temas jurídicos considerados por la autora como los más relevantes, con el objetivo de ofrecer una visión general y básica de un texto que reguló las relaciones comerciales de una época de transición y cambio.

El trabajo desarrolla las materias comerciales en el mismo orden en que aparecen dispuestas en el Código. En primer lugar se hace referencia al comerciante y a la naturaleza jurídica de su actividad, enseguida se expone la actividad comercial de los intermediarios de comercio como comisionistas y factores. La segunda parte trata sobre los contratos y las obligaciones contractuales, su interpretación y las directrices de los negocios jurídicos como la compraventa mercantil, y los documentos de comercio como las letras de cambio. La última parte contiene un breve apunte sobre las quiebras y las conclusiones finales.

En la evolución del derecho mercantil en Colombia se registra un primer Código de Comercio cuya breve vigencia se inicia en 1853 durante la República de la Nueva Granada y culmina con la Confederación Granadina, cuando mediante la Constitución Política de 1858 se estableció el régimen federal que autorizó la creación de ocho Estados a los que facultó para legislar independientemente asuntos comerciales y de derecho privado en general.

Este Código Nacional de Comercio que en el artículo 1110 derogó expresamente las Ordenanzas de Bilbao y toda disposición sustantiva de comercio que hasta la fecha hubiera regido en la República, previó en el

artículo 1107 que “Las dudas que por obscuridad o deficiencia de este Código ocurrieren en su aplicación, se resolverán: 1. Por los principios de legislación mercantil general admitidos por los pueblos más adelantados; 2. Por los principios teóricos de la misma legislación, en defecto y variedad de aquello; 3. Por las leyes comunes de la República, cuando el Código se refiera expresamente a ellas, pero no en otros casos”. El artículo citado estableció la jerarquía de fuentes comerciales y principios básicos de interpretación a seguir en procura de una aplicación que consultara especialmente el carácter mercantil de la actividad regulada, en esta recién creada jurisdicción especial del comercio. En este sentido, resalta el numeral tercero de la norma que menciona las leyes comunes de la República, es decir, las del derecho civil, entendidas no como fuente del derecho comercial, que es un derecho especial porque se circunscribe a cuestiones mercantiles y dejando claro que el mandato civil no constituye un medio para la creación de los preceptos de verdadero y propio derecho comercial, sino como una norma común que se puede aplicar por vía de analogía cuando así se permita.

Sin embargo, el primer Código de Comercio de 1853, formalmente derogado cinco años después, continuó vivo y gran parte de sus contenidos aplicados en al menos, tres estados: Cundinamarca, Antioquia y Santander¹. En el caso de Santander mediante ley sancionatoria de 1 de Junio de 1863.

Nuestra primera codificación, que reproduce casi textualmente el Código de Comercio de España de 1829², constituye una fijación formal de Derecho Mercantil. En esta se suprimió el libro V y se redujo el Código a 1.110 artículos.

El libro eliminado trataba la jurisdicción comercial y los procedimientos, aspectos que se regularon en la ley de 16 de junio de 1853 sobre tribunales y juicios de comercio. Constituida la Confederación Granadina, el libro III consagrado al comercio marítimo adquiere el carácter de legislación nacional.

Así, con un total de 628 artículos el de Cundinamarca y 633 el de Santander, la legislación mercantil de estas regiones fue muy similar, en el primer libro se

1 En el Estado de Cundinamarca, integrante de la Confederación Granadina, por sanción de 8 de Enero de 1859 se adoptó el Código del 53. Y, la Ley de 6 de Julio de 1863 sancionó esta misma regulación, en este caso para el Estado de Antioquia, integrante de los Estados Unidos de Colombia.

2 Sancionado durante el reinado de Fernando VII el 30 de mayo de 1829, vigente hasta 1885. Redactor: Pedro Sainz de Andino. Consta de 1219 artículos.

reguló lo concerniente a la calidad de comerciante y los agentes de comercio. El segundo, trata los contratos comerciales, sus formas y efectos. Y un último libro consagra la quiebra.

El Código de Santander reguló la actividad de los comerciantes y con fundamento en el principio de la libertad de profesión u oficio, a estos les exige en el artículo 1 además de la capacidad legal, que se ocupen en forma profesional y ordinaria de operaciones de comercio. Así tenía que darse a mediados del siglo XIX, en una región de pequeños propietarios, de extensa actividad manufacturera y agrícola, donde la función económica del comerciante no debía encontrar traba alguna, y por tanto, se tendió a favorecer las variadas relaciones mercantiles que integraron actividades tan diversas como la producción de tejidos de algodón, sombreros de jipi japa, costales de fique, cultivos y comercialización de tabaco, quina, cacao y café.

El estatuto comercial de Santander, a diferencia de otros, no impone limitaciones económicas a quien se dedique al comercio. Su ejercicio es libre y no consagra discriminación³ porque, además permite, a la mujer casada o legítimamente separada el ejercicio de actividades mercantiles, como lo hacía el de 1.853.

La habilitación a la mujer para intervenir en el comercio (artículo 4) constituye una reivindicación temprana, si se tiene en cuenta que sólo hasta la Ley 28 de 1932 la pertenencia al sexo femenino constituyó una minusvalía jurídica y un sometimiento de la mujer casada mayor de edad a la potestad marital que le imponía al marido como representante legal.

A los pequeños comerciantes o mercaderes el Código no les impone obligación de registro mercantil, y si se trata de un capital inferior a \$5.000 la inscripción en el libro de matrículas de comerciantes que lleva el juez del circuito del lugar, no es obligatoria⁴.

Entonces se adoptó en forma no expresa, para la determinación de la calidad de comerciante, el criterio objetivo (del Código Francés de 1807), que hace predominar la consideración del ejercicio profesional de actos

3 “Los individuos que no manejan un capital mercantil que alcance a 1.000 pesos no se considerarán comerciantes, aún cuando ejecuten operaciones de comercio”. Artículo 2 del Código de Comercio de Cundinamarca.

4 El Juez Primero del circuito en lo civil era el encargado del registro mercantil que además era gratuito, hoy en día esta función la cumplen las Cámaras de Comercio del domicilio de los comerciantes.

mercantiles sobre la inscripción o registro público del comercio, sin perder de vista que el Código contiene el derecho de los comerciantes.

En Santander, a mediados del Siglo XIX como en Europa a comienzos del Siglo XIV, existieron aquellos mercaderes aventureros del despertar comercial que fueron dando paso tras varias generaciones, a otros que abandonaron el nomadismo mercantil y se asentaron en los principales centros urbanos.

Estos intermediarios en el traslado de mercancías del lugar en donde carecen de valor de uso a las manos de consumidores en las cuales adquieren ese valor, resultan indispensables para el progreso de la región y en un principio, constituyeron una garantía del negocio y salvaguarda de la mercancía. Pero la labor de intermediación mercantil no se redujo tan solo aun transporte material.

Las funciones de intermediación incluyen la dirección económica de ese movimiento de mercancías, su distribución adecuada con arreglo a las exigencias de la demanda, distribución por la que se produce la valoración de las mercancías y la utilidad, en la cual participan todos los que han intervenido en su desplazamiento desde el lugar de su producción hasta el de consumo.

Las condiciones geográficas de la región y la falta de vías apropiadas de comunicación permiten valorar la actividad que desempeñaron los mercaderes y agentes auxiliares de comercio como corredores, comisionistas, factores, dependientes y porteadores, entre otros.

En Santander, hay que considerar además de su situación geográfica otras situaciones vividas en el transcurrir del siglo XIX, como la relativa ausencia de estructuras estatales fuertes y la alteración periódica del orden público debido a constantes conflictos bélicos.

Estas condiciones, sin embargo, no impidieron que a mediados de los años 50 aumentará el volumen del comercio en la estructura económica regional, que nos presenta un cambio notable, resultado de un proceso de recomposición económica, determinado desde afuera por los mercados mundiales y desde adentro especialmente por la iniciativa particular de una población heterogénea que hizo de los comerciantes, el centro y polo de desarrollo de la historia económica de este Siglo XIX.

En este panorama era imperativa la consideración legal de la división de funciones entre los comerciantes sedentarios y los agentes intermediarios.

La adaptación que del título III del Código cundinamarqués se hace en la codificación de 1863 refleja la importancia que habían llegado a tener corredores y comisionistas en las transacciones de la época.

Se consagra en forma detallada la responsabilidad del corredor en la intermediación de negocios por actividades dolosas, que van desde alterar el precio corriente que en la plaza tuvieran las mercancías y violar el secreto de las negociaciones a él encomendadas, hasta intervenir en la celebración de actos simulados. La regulación también abarca las obligaciones y prohibiciones del corredor como la realización de operaciones mercantiles por cuenta propia y la protección del corretaje, a través de la determinación legal del 5% como arancel a percibir sobre los contratos en que su intermediación se hubiere dado y no se hubiese acordado previamente la remuneración del corredor.

El comisionista, entendido como aquel que realiza actos de comercio por cuenta ajena mediante encargo formal escrito o de mera palabra, pero que también puede celebrar negocios en nombre propio, ejerce sus funciones a partir de reglas claras contenidas en 47 artículos según los cuales debía obrar prudentemente en el cumplimiento de la comisión, siguiendo las instrucciones del comitente, salvo daño evidente, cuando debía suspender su labor. Respondía de las consecuencias perjudiciales de un contrato celebrado contra las instrucciones del comitente o con abuso de sus facultades.

Según el artículo 100 del Reglamento Mercantil de Santander, se extiende la responsabilidad general al disponer que si por la omisión del comisionista “los efectos o cosa comprada se dañaren” pagará el valor y los perjuicios ocasionados al comitente. Este contenido normativo especial es novedoso en relación con el Código de Comercio de Cundinamarca, en el que no está contemplado.

Por ser el corretaje un negocio jurídico y contrato bilateral, al comitente también le competen obligaciones entre las cuales resulta interesante la expresada en el artículo 102 porque consagra la costumbre local como fuente del derecho mercantil, al determinar que evacuada la comisión el comisionista tiene derecho a retribución pecuniaria y si no existe pacto expreso al respecto, ésta se “arreglará por el uso recibido generalmente en la plaza de comercio donde se cumplió la comisión”. Impone al comitente pago de contado y de intereses si lo hace tardíamente.

La importancia de la costumbre ha sido especialmente notoria en la formación del derecho comercial, los códigos solo se elaboraron después de siglos de derecho comercial consuetudinario. Como fuente subordinada a la ley mercantil, la costumbre local sirve para “incorporar al derecho comercial las prácticas que se van formando en cada plaza o lugar”⁵.

A diferencia de los comisionistas, los factores son representantes de otro comerciante y se trata de un mandato con representación porque obran por poder especial de la persona a cuya cuenta hagan transacciones; además, siempre expresarán por escrito que firman con poder, lo que necesariamente implica que recaen sobre el comitente todas las obligaciones contraídas por sus factores.

A su vez, el dependiente de comercio es mandatario pero no representa al comerciante; es un simple ejecutor de determinadas labores. En el Código de Santander, la administración de una y otra clase de mandatarios se asimila.

En relación con estos agentes de comercio, a los cuales se les pagaba un salario, hay que anotar que ya habían sido objeto de consagración legal, cuando en el Código Civil se dispuso en materia de responsabilidad común por los delitos y culpas en el artículo 2.347 “...y artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices, o dependientes, en el mismo caso”⁶.

Los portadores o acarreadores, regulados a partir del artículo 168 del Código, eran quienes se encargaban del transporte de mercaderías por tierra, ríos y canales. En el ejercicio de esta actividad se solía utilizar un documento conocido como carta de porte que constituía un título legal en que constaba el contrato y era por tanto, un requisito *ad probationem* del negocio y de él dependían aspectos probatorios como la estimación de los efectos que el portador debía pagar por pérdida o extravío.

Con la extensión, profesionalización e importancia cada vez mayor de la actividad transportadora como actividad económica esencial, la carta de porte termina por convertirse en un bien mercantil, y así aparece regulada como título representativo de mercaderías en el libro III del Código de Comercio de Colombia vigente desde 1971.

Hace casi dos siglos, la inseguridad y falta de garantías para el transporte eran condiciones adversas, constantes e insuperables en el tráfico

5 PINZÓN, José Gabino. Derecho Comercial. Volumen I. Pág. 95.

6 El artículo 70 del Decreto 2820 de 1974 derogó este inciso del artículo 2.347 del Código Civil.

comercial; por esto, se previó que el riesgo en materia de transporte de mercancías lo asumía el propietario, si se presentaba un caso fortuito inevitable o una violencia insuperable. Circunstancias que competía probar al porteador. En los demás eventos él respondía por pérdidas o deterioros de lo transportado.

La responsabilidad del que acarrea podía garantizarse con sus instrumentos de transporte, que para la época estaban constituidos especialmente por bestias, carruajes, barcos y aparejos; considerados como “hipoteca de los efectos entregados al porteador”⁷.

Ya existía el seguro de conducción que como consagra el título VIII del Libro 2 del Código, se limitaba a los efectos que se transportaban por tierra y exigía además, una póliza que se otorgaba ante notario con estrictas formalidades como la determinación precisa del camino que seguirían los conductores y que se tornaba ineficaz, ante cualquier cambio de la ruta consignada en el documento. No en vano, el porteador podía acordar libremente el valor de los portes con el cargador sin que existiesen límites impuestos por la ley comercial para el precio de los mismos.

El Decreto 410 de 1971, actual Código de Comercio de Colombia, regla en el libro 4 de los contratos y obligaciones mercantiles, los Capítulos 4, 5 y 6 la actividad de comisionistas, agentes y factores de comercio. En el Título 14 regula el corretaje.

En el libro 2 del Código de Comercio de Santander se desarrolla el tema de los contratos mercantiles y de las obligaciones que surgen de estos negocios jurídicos. Enuncia los aspectos básicos atinentes a la celebración de los contratos, como la capacidad, el objeto lícito real y determinado, igualmente, hace la remisión general a los principios que gobiernan la formación de los negocios jurídicos y obligaciones de derecho civil, así como sus efectos e interpretación.

Como marco contractual, el artículo 202 presenta cinco formas o categorías posibles de contrato: por escritura pública, con intervención del corredor, por contrata privada escrita, por correspondencia epistolar y, de palabra, si la cuantía del negocio no excede de \$500; esta última forma no se reguló en el artículo 200 del Código de Comercio de Cundinamarca.

El título inicial establece en general las directrices legales de interpretación de los contratos expresadas en reglas específicas como la de las firmas,

⁷ Artículo 178 del Código de Comercio de Santander.

esenciales en todo acto que deba constar por escrito; la de los plazos y el cómputo de los meses y años conforme al calendario Gregoriano, precisando cuándo empiezan a contarse, y la proscripción de los términos o plazos de gracia; la pena por incumplimiento del contrato conocida como cláusula penal; la sustitución de la moneda convencional por la legal; la necesidad de interpelación judicial o extrajudicial para constituir en mora al deudor.

En relación con el postulado esencial de la autonomía negocial, se encuentra que aunque no está expresada explícitamente en el articulado del Código, si se encuentra implícito en normas como el artículo 215 que ubica en primer lugar, como fuente de interpretación de los contratos “Las cláusulas adversadas y consentidas del mismo contrato que puedan explicar las dudosas”, y en las de carácter supletivo, diversas disposiciones que pasan a presumir o a determinar en los casos de vacíos contractuales.

En el Santander del Siglo XIX las organizaciones de comerciantes fueron instrumentos indispensables para el desarrollo comercial y económico, constituyéndose en la unidad empresarial predominante en este periodo. María Fernanda Duque Castro, historiadora, explica en su obra “Comerciantes y Empresarios en Bucaramanga (1857-1885)” como comerciantes y empresarios formaron sociedades económicas y culturales “entidades ideadas por sus creadores con el propósito de maximizar la riqueza, el ingreso u otros objetivos definidos por las oportunidades que brindaba la estructura institucional de la sociedad”.

En la fluctuante economía de la época, el motor de la iniciativa privada santandereana se potencia y desarrolla a través de las compañías comerciales, que les permitieron a los comerciantes intervenir y participar como empresarios en importante número de actividades para diversificar el riesgo que tales empresas conllevaban. A mediados del siglo el triunfo del libre comercio produjo bruscos cambios que afectaron distintos sectores de la producción, ruina para muchos agricultores y artesanos, especialmente por la decadencia de los tejidos de algodón (1848-1858), mientras se producía un gran auge en la fabricación de sombreros de jipi japa y costales de fique que perduró varias décadas.

La libertad comercial imperante facilitó las exportaciones de productos agrícolas como el tabaco (entre 1848 y 1875), la quina (1860-1882) y el café entre 1865 y 1930⁸, y el radicalismo propició amplias libertades para todo

8 MARTÍNEZ, Armando y otros. Colombia, país de regiones. Tomo II. Colciencias, Bogotá 1998.

aquel cuya capacidad económica y poder político se lo permitiera, como la participación en la modernización y liberalización del Estado enderezada principalmente hacia la construcción de vías de comunicación, caminos y puentes⁹.

Así, y a pesar de lo insólito o natural que hoy parezca, durante los años de existencia del Estado de Santander, muchas de las más importantes compañías comerciales fueron creadas por prominentes funcionarios públicos que combinaron el ejercicio de la función pública con el comercio. Entre ellos, Solón Wilches, quien en 1868 constituyó la “Sociedad Empresaria del Camino al Casanare” que partía de García Rovira; Aquileo Parra, quien en 1864, creó la empresa del “Camino del Carare” y suscribió con el Estado como también lo hizo Wilches, un contrato para su construcción y explotación en forma exclusiva¹⁰.

En vigencia del Código Penal de 1837, el artículo 532 consagró sanciones para “Presidente, Vicepresidente, Secretarios de Estado, Gobernadores, Jefes Políticos con renta, Jefes Militares de Provincia, Magistrados de la Corte y Tribunales de Distrito...” que participaran en actividades mercantiles en el Distrito en que ejercían sus funciones. Esta sana disposición había sido tomada de las Ordenanzas de Bilbao.

Las asociaciones mercantiles tenían un núcleo básico que era la familia, se trataba de “familias notables”¹¹, que integraban redes poderosas legitimadas mediante la regulación del Estatuto Mercantil, que reconoció tres clases de compañías: la regular colectiva, en la que todos los socios participaban en la proporción acordada de derechos y obligaciones, ideal para los negocios pequeños en que se podía iniciar una familia; en comandita, en la cual uno o más socios comanditarios hacen aportes y otros socios, los colectivos o gestores, se obligan a administrar la sociedad; y, la anónima en la que accionistas aportan para reunir un fondo común y sólo responden por las obligaciones de la sociedad hasta el monto de sus respectivos aportes.

9 La Ley 13 del 27 de Octubre de 1868 estableció las condiciones de los contratos que se suscribieran entre los particulares y el Estado para la construcción y explotación exclusiva de caminos y vías carretables: consagró amplios términos de explotación exclusiva y que los empresarios recibirían los títulos de propiedades, hasta un máximo de 4.000 hectáreas, de las tierras baldías ubicadas a lo largo de la ruta, entre otros privilegios.

10 FLÓREZ ROMERO, Adalberto. Director de la Investigación El Estado Soberano de Santander. Tomo I. Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga. Facultad de Derecho. Bucaramanga, 1985.

11 DUQUE, María Fernanda. Comerciantes y Empresarios en Bucaramanga. (1857-1885).

Al ser solemne el contrato de sociedad, se determinó la Escritura Pública como único medio de constitución de toda sociedad, y solidaridad en la responsabilidad de los socios colectivos y gestores, mientras que la de los comanditarios y accionistas se limitó a sus aportes.

En relación con las anónimas se permite que los Distritos, en su calidad de personas jurídicas sean asociados, y en este evento, por razones de seguridad y como garantía de cuidado de dineros públicos, la compañía no emite cédulas o bonos al portador para representar el aporte de capital de las entidades, sino nominalmente a favor del ente territorial respectivo.

La fiscalización individual del estado de administración y contabilidad de las sociedades se previó de manera muy limitada. Esto en consonancia con el liberalismo predominante, según el cual la constitución, dirección y administración de las compañías comerciales dependía única y exclusivamente de la voluntad de los asociados.

En contraposición a la marcada solemnidad instituida para la constitución de sociedades, contempló el Código otro tipo social cuya conformación no requería Escritura Pública, eran asociaciones de carácter transitorio conocidas como Cuentas en Participación, que consistían en contribuciones patrimoniales que se hacían en operaciones mercantiles de un comerciante haciéndose partícipes de los resultados prósperos o adversos en la proporción convenida.

La compraventa es un negocio jurídico que cumple con la función de cambio, las personas necesitan adquirir y disponer de sus cosas. Desde la antigüedad es el más frecuente de los contratos, por esto el más importante, pero no es el más antiguo de los negocios. El primer negocio que los hombres celebraron fue la permuta, que deja de ser el más usual cuando con la creación de la moneda, aparece el elemento precio que da la valoración a la cosa vendida.

En general, la compraventa en Occidente sigue los lineamientos básicos del Derecho Romano; por esto, es un contrato bilateral, consensual, oneroso y de libre discusión. La compraventa es fuente de obligaciones y si es celebrada por comerciantes tendrá por objeto, según el Título III del libro II del Código de Santander: la compra de cosas muebles y sus posteriores reventas con el fin de obtener lucro. De acuerdo con lo anterior, la compraventa de bienes raíces no es mercantil así la realicen comerciantes, que se registrarán por las previsiones del Derecho Civil.

La limitación del contenido del contrato de compraventa mercantil exclusivamente a los bienes muebles tiene explicación en la reconocida importancia que a los inmuebles desde tiempo inmemorial les dio el derecho privado, como bienes esenciales de la economía, circunscribiendo su adquisición al contrato regido por la ley civil.

Llama la atención la amplia regulación que hace el Código en relación con el problema de los riesgos porque especifica en casos concretos cuál de las partes, comprador o vendedor, debe sufrir la imposibilidad de cumplir con las prestaciones, cuando esta imposibilidad se origina en un caso fortuito.

A partir del artículo 327 explica, con método casuístico, quién corre con el riesgo por la pérdida o deterioro en cada una de las distintas clases de compraventa, como la de géneros que no se tienen a la vista y la de ventas sobre muestras.

Al llegar al artículo 331 se encuentra que esta norma sólo aplica en parte el aforismo *res perit creditore*, señalando que la pérdida o deterioro de la especie vendida no imputable al vendedor y ocurrida antes de la entrega de ella, extingue la obligación de hacerla y el contrato queda rescindido de derecho. Esta disposición muy consecuente con los dictados de justicia y el principio de la interdependencia de las obligaciones recíprocas que nacen del contrato de compraventa, contraría el régimen del Derecho Civil que impone al comprador a pesar de la imposibilidad fortuita de que le entreguen el bien comprado, la obligación de pagar el precio convenido¹².

En las normas posteriores, se proscribe la lesión enorme, y se regulan las arras, que a falta de pacto expreso constituirán parte del precio, así como el saneamiento por evicción y la obligación de denunciar el pleito para que la obligación de sanear pueda hacerse efectiva. Los últimos artículos sobre compraventa tratan la venta de créditos.

Este libro 2º contempla otros contratos mercantiles como el de permuta, préstamo, depósito mercantil, fianza y seguro de conducción. En los títulos 9, 10 y 11 regula 3 clases de instrumentos negociables o de títulos valores, según su denominación actual: Las letras de cambio, las libranzas y vales o pagarés y las cartas órdenes de crédito.

En cuanto a las letras de cambio, se deduce por la ubicación en el libro 2º de estos documentos de comercio que el legislador los consideró como meros

12 El Código de Comercio de 1971, invierte el aforismo romano clásico y consagra el de *res perit debitore*.

instrumentos probatorios y ejecutivos del contrato de cambio, que era un negocio jurídico consensual, una convención por la cual una de las partes se obligaba, mediante un valor prometido o entregado, a pagar o hacer pagar a la otra parte, o a su cesionario legal, cierta cantidad de dinero en un lugar distinto de aquel en que se celebra la convención.

El Código reguló la modalidad del contrato de cambio trayecticio pues la operación no debía realizarse entre presentes y debía tener lugar en sitios diferentes, según lo ordena el artículo 409¹³.

Si la naturaleza jurídica de las letras de cambio era la de ser documentos probatorios y ejecutivos, es comprensible el que se pudieran autenticar sus firmas ante notario público y, que del documento original se pudieran expedir segundas y terceras copias o duplicados, tal como se prevé en los artículos 407 y subsiguientes.

El protesto es una manera fehaciente de comprobar que quien debía pagar o aceptar la letra no lo hizo a pesar de ser requerido por el tenedor. Esta figura, considerada por muchos tratadistas contemporáneos como “una plaga del derecho cambiario” fue un requisito indispensable para proceder al cobro judicial de la letra (artículos 488 a 502). Se le consideró como una declaración legal de un hecho que debía darse siempre en toda clase de letras. Hoy en día, el Código dispone en el artículo 697 que el protesto sólo es necesario cuando el creador o algún tenedor haya insertado la cláusula “con protesto” en el anverso del título.

En la parte final del Código de Comercio de Santander, el libro 3 se dedicó al tema de las quiebras. Esta institución de raigambre romano que se presentaba cuando un comerciante deudor dejaba de pagar sus obligaciones, afectaba al comerciante incumplido en su patrimonio y en su persona, porque la quiebra era concebida como una sanción o castigo que podía conllevar cárcel.

Según la regulación estudiada, el pago de los acreedores, que es la finalidad del proceso de quiebra, se produce independientemente de la investigación y sanción de los actos culpables o dolosos del comerciante deudor. Entonces, la quiebra es una institución que vela por intereses particulares, los de los acreedores y tutela el orden jurídico cuando se viola el derecho de propiedad, que castiga la ley penal.

¹³ A esta operación se le conoce como “venta de dinero ausente por dinero presente”.

El artículo 561, que sigue de cerca lo reglado en el Código de Comercio Español de 1829, señaló 5 clases de quiebra para efectos de su calificación por parte de los jueces: la suspensión de pagos, la insolvencia fortuita, la insolvencia culpable, la insolvencia fraudulenta y el alzamiento.

Corresponde al Juez declarar la quiebra culpable o fraudulenta según los hechos o actos del deudor previos, concomitantes o posteriores a la suspensión de pagos, como los de aquellos comerciantes cuyas pérdidas les hubieren sobrevenido de apuestas cuantiosas, de compras y ventas simuladas u otras operaciones de agiotaje, cuyo éxito dependiera absolutamente del azar; o por actos como el haber hecho constar en el balance deudas, pérdidas o gastos supuestos.

Para el pago de los acreedores, el juez en sentencia definitiva graduará los créditos fijando el orden en que estos deben ser pagados. El artículo 602 ubica a aquellos acreedores con acción de dominio en la primera clase de créditos. Pertenecen a esta gradación los bienes dotales, y los que la mujer del quebrado adquiriere por herencia, entre otros. En la segunda clase ubicó los créditos hipotecarios desplazando a la tercera y cuarta clase, los créditos escriturarios y los comunes, respectivamente.

En lo relativo al cumplimiento del quebrado, el título 6 distingue las formas de rehabilitación dependiendo de la calificación de la quiebra. A los quebrados fraudulentos y a los alzados les niega la rehabilitación, se trata de una sanción que inhabilita de por vida para el ejercicio lícito del comercio.

La quiebra es una institución que ha dejado de existir en las codificaciones contemporáneas, para ser reemplazada por opciones más acordes con las necesidades de la economía y el comercio como las dispuestas en la ley 222 de 1995 sobre procesos concursales.

En las disposiciones varias contenidas en el título final del Código de Comercio de Santander, aparece un último artículo no consagrado en otras codificaciones regionales, que técnicamente debió ubicarse en el libro 2º porque se refiere a los réditos de un capital derivados de un negocio.

CONCLUSIONES

- Si se examinan las fuentes formales y su jerarquía normativa, el acto y el negocio jurídico como fuentes formales del Derecho Mercantil, se encuentra que no existe una consagración expresa de la autonomía

privada en el Código de Comercio de Santander

- El derecho común ó legislación común constituye un derecho supletivo de aplicación analógica, de gran importancia para complementar y auxiliar, por disposición expresa muy frecuente en el estatuto mercantil, los diversos fenómenos jurídicos regulados en el Código de Comercio.
- El Código reguló de manera amplia la actividad comercial en consonancia con el espíritu liberal e individualista y cambiante de la época en que se aplicó.
- En artículos dispersos el Código de Comercio de Santander consagra la costumbre local como fuente del Derecho Mercantil.
- Las actividades calificadas de mercantiles por el Código no siempre se contemplaron en igualdad de circunstancias; puede afirmarse que el comerciante principal no está sometido a un régimen legal idéntico al del comerciante denominado agente auxiliar de comercio.
- Los gobernantes del Estado de Santander y demás funcionarios públicos no estaban inhabilitados para el ejercicio del comercio durante el desempeño de su gestión pública.
- Los contratos de compraventa mercantil tenían limitado su contenido y objeto a los bienes muebles y los créditos.
- Aunque no está expresamente regulado, el contrato de cambio trayecticio era la relación jurídica que necesariamente daba origen a la letra de cambio, que era tan solo un documento probatorio.
- La quiebra se concibió como una institución que protegía los intereses particulares de los comerciantes acreedores, y, como una sanción de naturaleza penal para el quebrado.
- El Derecho Comercial ha evolucionado rápidamente y ampliado considerablemente su esfera de aplicación, actualmente integra materias tan diversas como el derecho marítimo, el aeronáutico, la propiedad industrial y la protección al consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

- CHURCH JOHNSON, David. Santander. Siglo XIX. Cambio Socioeconómico. Valencia Editores. Bogotá 1984.
- DUQUE CASTRO, María Fernanda. Comerciantes y Empresarios de Bucaramanga (1857 -1885): Una Aproximación desde el Neoinstitucionalismo.

- FLÓREZ ROMERO, Adalberto. El Estado Soberano de Santander. Investigación Colectiva. Tomos II y III. Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga. Bucaramanga, 1985.
- HERNÁNDEZ VELASCO, Héctor. Apuntes sobre la explotación de las quininas en Santander. En: Revista Memorias Escuela de Historia. UIS. Volumen I. Diciembre 2003.
- MARTÍNEZ GARNICA, Armando y otros. Colombia país de regiones. Tomo II, CINEP, Colciencias. Bogotá, 1998.
- MINGLIJÓN, Salvador. Historia del Derecho Español. Labor S.A. Barcelona, 1927.
- NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Introducción al Derecho Mercantil. Librería del Profesional. Bogotá, 1976.
- _____ Obligaciones y Contratos Mercantiles. Temis. Bogotá, 1990.
- OLABARRÍA ÁVILA, Julio. Los Códigos de Comercio Latinoamericanos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1961.
- PINZÓN, José Gabino. Derecho Comercial. Volumen I. Temis, 1957.
- TIRADO MEJÍA, Álvaro y MELO GONZÁLEZ, J. Orlando. Nueva Historia de Colombia. NHC Tomo II. Planeta. Bogotá, 1985.
- VÉLEZ, Fernando. Datos para la Historia del Derecho Nacional. Santafé de Bogotá, 1891.

Comentarios al
Código de Comercio
del Estado de Santander

Mónica Cortés Falla

COMENTARIOS AL CÓDIGO DE COMERCIO DEL ESTADO DE SANTANDER

AUTOR: Mónica Cortés Falla
FECHA DE RECEPCION: abril 2008
DIRECCIÓN: mcortesf@unab.edu.co

RESUMEN Durante la existencia del Estado de Santander, en la región se regularon las instituciones y relaciones jurídicas comerciales propias de la época, marcadas por el ideal liberal e individualista que aparece claro en el Código de Comercio de 1863 en los tres libros sobre el comerciante, los contratos y obligaciones y la quiebra, que se comentan con fundamento en esta valiosa fuente de conocimiento jurídico del Siglo XIX.

PALABRAS CLAVE : Código, Comercio, Estados, Individualismo, Comerciantes, Santander, Siglo XIX.

ABSTRACT: During the existence of the State of Santander, the commercial and legal relations that were common at the time, were regulated in the region under the frame of the individualistic and free thinking ideal that can be clearly appreciated in three sections of the 1863 Commerce Code concerning the merchant: contacts and obligations and bankruptcy. The author comments these sections based on this valuable source of judicial knowledge of the XIX century.

KEY WORDS: Code, to trade, states, individualism, traders, Santander, XIX century.

Comentarios al Código de Comercio del Estado de Santander

Mónica Cortés Falla

En este escrito se comenta brevemente el contenido de los tres libros que integran el Código de Comercio de Santander, escenario en el que hombres y familias unidas se comprometen en negocios que les llevarán en la segunda mitad del Siglo XIX a constituirse en una región pujante del territorio nacional.

La presentación que se hace del Código contiene apuntes sobre los temas jurídicos considerados por la autora como los más relevantes, con el objetivo de ofrecer una visión general y básica de un texto que reguló las relaciones comerciales de una época de transición y cambio.

El trabajo desarrolla las materias comerciales en el mismo orden en que aparecen dispuestas en el Código. En primer lugar se hace referencia al comerciante y a la naturaleza jurídica de su actividad, enseguida se expone la actividad comercial de los intermediarios de comercio como comisionistas y factores. La segunda parte trata sobre los contratos y las obligaciones contractuales, su interpretación y las directrices de los negocios jurídicos como la compraventa mercantil, y los documentos de comercio como las letras de cambio. La última parte contiene un breve apunte sobre las quiebras y las conclusiones finales.

En la evolución del derecho mercantil en Colombia se registra un primer Código de Comercio cuya breve vigencia se inicia en 1853 durante la República de la Nueva Granada y culmina con la Confederación Granadina, cuando mediante la Constitución Política de 1858 se estableció el régimen federal que autorizó la creación de ocho Estados a los que facultó para legislar independientemente asuntos comerciales y de derecho privado en general.

Este Código Nacional de Comercio que en el artículo 1110 derogó expresamente las Ordenanzas de Bilbao y toda disposición sustantiva de comercio que hasta la fecha hubiera regido en la República, previó en el

artículo 1107 que “Las dudas que por obscuridad o deficiencia de este Código ocurrieren en su aplicación, se resolverán: 1. Por los principios de legislación mercantil general admitidos por los pueblos más adelantados; 2. Por los principios teóricos de la misma legislación, en defecto y variedad de aquello; 3. Por las leyes comunes de la República, cuando el Código se refiera expresamente a ellas, pero no en otros casos”. El artículo citado estableció la jerarquía de fuentes comerciales y principios básicos de interpretación a seguir en procura de una aplicación que consultara especialmente el carácter mercantil de la actividad regulada, en esta recién creada jurisdicción especial del comercio. En este sentido, resalta el numeral tercero de la norma que menciona las leyes comunes de la República, es decir, las del derecho civil, entendidas no como fuente del derecho comercial, que es un derecho especial porque se circunscribe a cuestiones mercantiles y dejando claro que el mandato civil no constituye un medio para la creación de los preceptos de verdadero y propio derecho comercial, sino como una norma común que se puede aplicar por vía de analogía cuando así se permita.

Sin embargo, el primer Código de Comercio de 1853, formalmente derogado cinco años después, continuó vivo y gran parte de sus contenidos aplicados en al menos, tres estados: Cundinamarca, Antioquia y Santander¹. En el caso de Santander mediante ley sancionatoria de 1 de Junio de 1863.

Nuestra primera codificación, que reproduce casi textualmente el Código de Comercio de España de 1829², constituye una fijación formal de Derecho Mercantil. En esta se suprimió el libro V y se redujo el Código a 1.110 artículos.

El libro eliminado trataba la jurisdicción comercial y los procedimientos, aspectos que se regularon en la ley de 16 de junio de 1853 sobre tribunales y juicios de comercio. Constituida la Confederación Granadina, el libro III consagrado al comercio marítimo adquiere el carácter de legislación nacional.

Así, con un total de 628 artículos el de Cundinamarca y 633 el de Santander, la legislación mercantil de estas regiones fue muy similar, en el primer libro se

1 En el Estado de Cundinamarca, integrante de la Confederación Granadina, por sanción de 8 de Enero de 1859 se adoptó el Código del 53. Y, la Ley de 6 de Julio de 1863 sancionó esta misma regulación, en este caso para el Estado de Antioquia, integrante de los Estados Unidos de Colombia.

2 Sancionado durante el reinado de Fernando VII el 30 de mayo de 1829, vigente hasta 1885. Redactor: Pedro Sainz de Andino. Consta de 1219 artículos.

reguló lo concerniente a la calidad de comerciante y los agentes de comercio. El segundo, trata los contratos comerciales, sus formas y efectos. Y un último libro consagra la quiebra.

El Código de Santander reguló la actividad de los comerciantes y con fundamento en el principio de la libertad de profesión u oficio, a estos les exige en el artículo 1 además de la capacidad legal, que se ocupen en forma profesional y ordinaria de operaciones de comercio. Así tenía que darse a mediados del siglo XIX, en una región de pequeños propietarios, de extensa actividad manufacturera y agrícola, donde la función económica del comerciante no debía encontrar traba alguna, y por tanto, se tendió a favorecer las variadas relaciones mercantiles que integraron actividades tan diversas como la producción de tejidos de algodón, sombreros de jipi japa, costales de fique, cultivos y comercialización de tabaco, quina, cacao y café.

El estatuto comercial de Santander, a diferencia de otros, no impone limitaciones económicas a quien se dedique al comercio. Su ejercicio es libre y no consagra discriminación³ porque, además permite, a la mujer casada o legítimamente separada el ejercicio de actividades mercantiles, como lo hacía el de 1.853.

La habilitación a la mujer para intervenir en el comercio (artículo 4) constituye una reivindicación temprana, si se tiene en cuenta que sólo hasta la Ley 28 de 1932 la pertenencia al sexo femenino constituyó una minusvalía jurídica y un sometimiento de la mujer casada mayor de edad a la potestad marital que le imponía al marido como representante legal.

A los pequeños comerciantes o mercaderes el Código no les impone obligación de registro mercantil, y si se trata de un capital inferior a \$5.000 la inscripción en el libro de matrículas de comerciantes que lleva el juez del circuito del lugar, no es obligatoria⁴.

Entonces se adoptó en forma no expresa, para la determinación de la calidad de comerciante, el criterio objetivo (del Código Francés de 1807), que hace predominar la consideración del ejercicio profesional de actos

3 “Los individuos que no manejan un capital mercantil que alcance a 1.000 pesos no se considerarán comerciantes, aún cuando ejecuten operaciones de comercio”. Artículo 2 del Código de Comercio de Cundinamarca.

4 El Juez Primero del circuito en lo civil era el encargado del registro mercantil que además era gratuito, hoy en día esta función la cumplen las Cámaras de Comercio del domicilio de los comerciantes.

mercantiles sobre la inscripción o registro público del comercio, sin perder de vista que el Código contiene el derecho de los comerciantes.

En Santander, a mediados del Siglo XIX como en Europa a comienzos del Siglo XIV, existieron aquellos mercaderes aventureros del despertar comercial que fueron dando paso tras varias generaciones, a otros que abandonaron el nomadismo mercantil y se asentaron en los principales centros urbanos.

Estos intermediarios en el traslado de mercancías del lugar en donde carecen de valor de uso a las manos de consumidores en las cuales adquieren ese valor, resultan indispensables para el progreso de la región y en un principio, constituyeron una garantía del negocio y salvaguarda de la mercancía. Pero la labor de intermediación mercantil no se redujo tan solo aun transporte material.

Las funciones de intermediación incluyen la dirección económica de ese movimiento de mercancías, su distribución adecuada con arreglo a las exigencias de la demanda, distribución por la que se produce la valoración de las mercancías y la utilidad, en la cual participan todos los que han intervenido en su desplazamiento desde el lugar de su producción hasta el de consumo.

Las condiciones geográficas de la región y la falta de vías apropiadas de comunicación permiten valorar la actividad que desempeñaron los mercaderes y agentes auxiliares de comercio como corredores, comisionistas, factores, dependientes y porteadores, entre otros.

En Santander, hay que considerar además de su situación geográfica otras situaciones vividas en el transcurrir del siglo XIX, como la relativa ausencia de estructuras estatales fuertes y la alteración periódica del orden público debido a constantes conflictos bélicos.

Estas condiciones, sin embargo, no impidieron que a mediados de los años 50 aumentará el volumen del comercio en la estructura económica regional, que nos presenta un cambio notable, resultado de un proceso de recomposición económica, determinado desde afuera por los mercados mundiales y desde adentro especialmente por la iniciativa particular de una población heterogénea que hizo de los comerciantes, el centro y polo de desarrollo de la historia económica de este Siglo XIX.

En este panorama era imperativa la consideración legal de la división de funciones entre los comerciantes sedentarios y los agentes intermediarios.

La adaptación que del título III del Código cundinamarqués se hace en la codificación de 1863 refleja la importancia que habían llegado a tener corredores y comisionistas en las transacciones de la época.

Se consagra en forma detallada la responsabilidad del corredor en la intermediación de negocios por actividades dolosas, que van desde alterar el precio corriente que en la plaza tuvieran las mercancías y violar el secreto de las negociaciones a él encomendadas, hasta intervenir en la celebración de actos simulados. La regulación también abarca las obligaciones y prohibiciones del corredor como la realización de operaciones mercantiles por cuenta propia y la protección del corretaje, a través de la determinación legal del 5% como arancel a percibir sobre los contratos en que su intermediación se hubiere dado y no se hubiese acordado previamente la remuneración del corredor.

El comisionista, entendido como aquel que realiza actos de comercio por cuenta ajena mediante encargo formal escrito o de mera palabra, pero que también puede celebrar negocios en nombre propio, ejerce sus funciones a partir de reglas claras contenidas en 47 artículos según los cuales debía obrar prudentemente en el cumplimiento de la comisión, siguiendo las instrucciones del comitente, salvo daño evidente, cuando debía suspender su labor. Respondía de las consecuencias perjudiciales de un contrato celebrado contra las instrucciones del comitente o con abuso de sus facultades.

Según el artículo 100 del Reglamento Mercantil de Santander, se extiende la responsabilidad general al disponer que si por la omisión del comisionista “los efectos o cosa comprada se dañaren” pagará el valor y los perjuicios ocasionados al comitente. Este contenido normativo especial es novedoso en relación con el Código de Comercio de Cundinamarca, en el que no está contemplado.

Por ser el corretaje un negocio jurídico y contrato bilateral, al comitente también le competen obligaciones entre las cuales resulta interesante la expresada en el artículo 102 porque consagra la costumbre local como fuente del derecho mercantil, al determinar que evacuada la comisión el comisionista tiene derecho a retribución pecuniaria y si no existe pacto expreso al respecto, ésta se “arreglará por el uso recibido generalmente en la plaza de comercio donde se cumplió la comisión”. Impone al comitente pago de contado y de intereses si lo hace tardíamente.

La importancia de la costumbre ha sido especialmente notoria en la formación del derecho comercial, los códigos solo se elaboraron después de siglos de derecho comercial consuetudinario. Como fuente subordinada a la ley mercantil, la costumbre local sirve para “incorporar al derecho comercial las prácticas que se van formando en cada plaza o lugar”⁵.

A diferencia de los comisionistas, los factores son representantes de otro comerciante y se trata de un mandato con representación porque obran por poder especial de la persona a cuya cuenta hagan transacciones; además, siempre expresarán por escrito que firman con poder, lo que necesariamente implica que recaen sobre el comitente todas las obligaciones contraídas por sus factores.

A su vez, el dependiente de comercio es mandatario pero no representa al comerciante; es un simple ejecutor de determinadas labores. En el Código de Santander, la administración de una y otra clase de mandatarios se asimila.

En relación con estos agentes de comercio, a los cuales se les pagaba un salario, hay que anotar que ya habían sido objeto de consagración legal, cuando en el Código Civil se dispuso en materia de responsabilidad común por los delitos y culpas en el artículo 2.347 “...y artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices, o dependientes, en el mismo caso”⁶.

Los portadores o acarreadores, regulados a partir del artículo 168 del Código, eran quienes se encargaban del transporte de mercaderías por tierra, ríos y canales. En el ejercicio de esta actividad se solía utilizar un documento conocido como carta de porte que constituía un título legal en que constaba el contrato y era por tanto, un requisito *ad probationem* del negocio y de él dependían aspectos probatorios como la estimación de los efectos que el portador debía pagar por pérdida o extravío.

Con la extensión, profesionalización e importancia cada vez mayor de la actividad transportadora como actividad económica esencial, la carta de porte termina por convertirse en un bien mercantil, y así aparece regulada como título representativo de mercaderías en el libro III del Código de Comercio de Colombia vigente desde 1971.

Hace casi dos siglos, la inseguridad y falta de garantías para el transporte eran condiciones adversas, constantes e insuperables en el tráfico

5 PINZÓN, José Gabino. Derecho Comercial. Volumen I. Pág. 95.

6 El artículo 70 del Decreto 2820 de 1974 derogó este inciso del artículo 2.347 del Código Civil.

comercial; por esto, se previó que el riesgo en materia de transporte de mercancías lo asumía el propietario, si se presentaba un caso fortuito inevitable o una violencia insuperable. Circunstancias que competía probar al porteador. En los demás eventos él respondía por pérdidas o deterioros de lo transportado.

La responsabilidad del que acarrea podía garantizarse con sus instrumentos de transporte, que para la época estaban constituidos especialmente por bestias, carruajes, barcos y aparejos; considerados como “hipoteca de los efectos entregados al porteador”⁷.

Ya existía el seguro de conducción que como consagra el título VIII del Libro 2 del Código, se limitaba a los efectos que se transportaban por tierra y exigía además, una póliza que se otorgaba ante notario con estrictas formalidades como la determinación precisa del camino que seguirían los conductores y que se tornaba ineficaz, ante cualquier cambio de la ruta consignada en el documento. No en vano, el porteador podía acordar libremente el valor de los portes con el cargador sin que existiesen límites impuestos por la ley comercial para el precio de los mismos.

El Decreto 410 de 1971, actual Código de Comercio de Colombia, regla en el libro 4 de los contratos y obligaciones mercantiles, los Capítulos 4, 5 y 6 la actividad de comisionistas, agentes y factores de comercio. En el Título 14 regula el corretaje.

En el libro 2 del Código de Comercio de Santander se desarrolla el tema de los contratos mercantiles y de las obligaciones que surgen de estos negocios jurídicos. Enuncia los aspectos básicos atinentes a la celebración de los contratos, como la capacidad, el objeto lícito real y determinado, igualmente, hace la remisión general a los principios que gobiernan la formación de los negocios jurídicos y obligaciones de derecho civil, así como sus efectos e interpretación.

Como marco contractual, el artículo 202 presenta cinco formas o categorías posibles de contrato: por escritura pública, con intervención del corredor, por contrata privada escrita, por correspondencia epistolar y, de palabra, si la cuantía del negocio no excede de \$500; esta última forma no se reguló en el artículo 200 del Código de Comercio de Cundinamarca.

El título inicial establece en general las directrices legales de interpretación de los contratos expresadas en reglas específicas como la de las firmas,

⁷ Artículo 178 del Código de Comercio de Santander.

esenciales en todo acto que deba constar por escrito; la de los plazos y el cómputo de los meses y años conforme al calendario Gregoriano, precisando cuándo empiezan a contarse, y la proscripción de los términos o plazos de gracia; la pena por incumplimiento del contrato conocida como cláusula penal; la sustitución de la moneda convencional por la legal; la necesidad de interpelación judicial o extrajudicial para constituir en mora al deudor.

En relación con el postulado esencial de la autonomía negocial, se encuentra que aunque no está expresada explícitamente en el articulado del Código, si se encuentra implícito en normas como el artículo 215 que ubica en primer lugar, como fuente de interpretación de los contratos “Las cláusulas adversadas y consentidas del mismo contrato que puedan explicar las dudosas”, y en las de carácter supletivo, diversas disposiciones que pasan a presumir o a determinar en los casos de vacíos contractuales.

En el Santander del Siglo XIX las organizaciones de comerciantes fueron instrumentos indispensables para el desarrollo comercial y económico, constituyéndose en la unidad empresarial predominante en este periodo. María Fernanda Duque Castro, historiadora, explica en su obra “Comerciantes y Empresarios en Bucaramanga (1857-1885)” como comerciantes y empresarios formaron sociedades económicas y culturales “entidades ideadas por sus creadores con el propósito de maximizar la riqueza, el ingreso u otros objetivos definidos por las oportunidades que brindaba la estructura institucional de la sociedad”.

En la fluctuante economía de la época, el motor de la iniciativa privada santandereana se potencia y desarrolla a través de las compañías comerciales, que les permitieron a los comerciantes intervenir y participar como empresarios en importante número de actividades para diversificar el riesgo que tales empresas conllevaban. A mediados del siglo el triunfo del libre comercio produjo bruscos cambios que afectaron distintos sectores de la producción, ruina para muchos agricultores y artesanos, especialmente por la decadencia de los tejidos de algodón (1848-1858), mientras se producía un gran auge en la fabricación de sombreros de jipi japa y costales de fique que perduró varias décadas.

La libertad comercial imperante facilitó las exportaciones de productos agrícolas como el tabaco (entre 1848 y 1875), la quina (1860-1882) y el café entre 1865 y 1930⁸, y el radicalismo propició amplias libertades para todo

8 MARTÍNEZ, Armando y otros. Colombia, país de regiones. Tomo II. Colciencias, Bogotá 1998.

aquel cuya capacidad económica y poder político se lo permitiera, como la participación en la modernización y liberalización del Estado enderezada principalmente hacia la construcción de vías de comunicación, caminos y puentes⁹.

Así, y a pesar de lo insólito o natural que hoy parezca, durante los años de existencia del Estado de Santander, muchas de las más importantes compañías comerciales fueron creadas por prominentes funcionarios públicos que combinaron el ejercicio de la función pública con el comercio. Entre ellos, Solón Wilches, quien en 1868 constituyó la “Sociedad Empresaria del Camino al Casanare” que partía de García Rovira; Aquileo Parra, quien en 1864, creó la empresa del “Camino del Carare” y suscribió con el Estado como también lo hizo Wilches, un contrato para su construcción y explotación en forma exclusiva¹⁰.

En vigencia del Código Penal de 1837, el artículo 532 consagró sanciones para “Presidente, Vicepresidente, Secretarios de Estado, Gobernadores, Jefes Políticos con renta, Jefes Militares de Provincia, Magistrados de la Corte y Tribunales de Distrito...” que participaran en actividades mercantiles en el Distrito en que ejercían sus funciones. Esta sana disposición había sido tomada de las Ordenanzas de Bilbao.

Las asociaciones mercantiles tenían un núcleo básico que era la familia, se trataba de “familias notables”¹¹, que integraban redes poderosas legitimadas mediante la regulación del Estatuto Mercantil, que reconoció tres clases de compañías: la regular colectiva, en la que todos los socios participaban en la proporción acordada de derechos y obligaciones, ideal para los negocios pequeños en que se podía iniciar una familia; en comandita, en la cual uno o más socios comanditarios hacen aportes y otros socios, los colectivos o gestores, se obligan a administrar la sociedad; y, la anónima en la que accionistas aportan para reunir un fondo común y sólo responden por las obligaciones de la sociedad hasta el monto de sus respectivos aportes.

9 La Ley 13 del 27 de Octubre de 1868 estableció las condiciones de los contratos que se suscribieran entre los particulares y el Estado para la construcción y explotación exclusiva de caminos y vías carretables: consagró amplios términos de explotación exclusiva y que los empresarios recibirían los títulos de propiedades, hasta un máximo de 4.000 hectáreas, de las tierras baldías ubicadas a lo largo de la ruta, entre otros privilegios.

10 FLÓREZ ROMERO, Adalberto. Director de la Investigación El Estado Soberano de Santander. Tomo I. Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga. Facultad de Derecho. Bucaramanga, 1985.

11 DUQUE, María Fernanda. Comerciantes y Empresarios en Bucaramanga. (1857-1885).

Al ser solemne el contrato de sociedad, se determinó la Escritura Pública como único medio de constitución de toda sociedad, y solidaridad en la responsabilidad de los socios colectivos y gestores, mientras que la de los comanditarios y accionistas se limitó a sus aportes.

En relación con las anónimas se permite que los Distritos, en su calidad de personas jurídicas sean asociados, y en este evento, por razones de seguridad y como garantía de cuidado de dineros públicos, la compañía no emite cédulas o bonos al portador para representar el aporte de capital de las entidades, sino nominalmente a favor del ente territorial respectivo.

La fiscalización individual del estado de administración y contabilidad de las sociedades se previó de manera muy limitada. Esto en consonancia con el liberalismo predominante, según el cual la constitución, dirección y administración de las compañías comerciales dependía única y exclusivamente de la voluntad de los asociados.

En contraposición a la marcada solemnidad instituida para la constitución de sociedades, contempló el Código otro tipo social cuya conformación no requería Escritura Pública, eran asociaciones de carácter transitorio conocidas como Cuentas en Participación, que consistían en contribuciones patrimoniales que se hacían en operaciones mercantiles de un comerciante haciéndose partícipes de los resultados prósperos o adversos en la proporción convenida.

La compraventa es un negocio jurídico que cumple con la función de cambio, las personas necesitan adquirir y disponer de sus cosas. Desde la antigüedad es el más frecuente de los contratos, por esto el más importante, pero no es el más antiguo de los negocios. El primer negocio que los hombres celebraron fue la permuta, que deja de ser el más usual cuando con la creación de la moneda, aparece el elemento precio que da la valoración a la cosa vendida.

En general, la compraventa en Occidente sigue los lineamientos básicos del Derecho Romano; por esto, es un contrato bilateral, consensual, oneroso y de libre discusión. La compraventa es fuente de obligaciones y si es celebrada por comerciantes tendrá por objeto, según el Título III del libro II del Código de Santander: la compra de cosas muebles y sus posteriores reventas con el fin de obtener lucro. De acuerdo con lo anterior, la compraventa de bienes raíces no es mercantil así la realicen comerciantes, que se registrarán por las previsiones del Derecho Civil.

La limitación del contenido del contrato de compraventa mercantil exclusivamente a los bienes muebles tiene explicación en la reconocida importancia que a los inmuebles desde tiempo inmemorial les dio el derecho privado, como bienes esenciales de la economía, circunscribiendo su adquisición al contrato regido por la ley civil.

Llama la atención la amplia regulación que hace el Código en relación con el problema de los riesgos porque especifica en casos concretos cuál de las partes, comprador o vendedor, debe sufrir la imposibilidad de cumplir con las prestaciones, cuando esta imposibilidad se origina en un caso fortuito.

A partir del artículo 327 explica, con método casuístico, quién corre con el riesgo por la pérdida o deterioro en cada una de las distintas clases de compraventa, como la de géneros que no se tienen a la vista y la de ventas sobre muestras.

Al llegar al artículo 331 se encuentra que esta norma sólo aplica en parte el aforismo *res perit creditore*, señalando que la pérdida o deterioro de la especie vendida no imputable al vendedor y ocurrida antes de la entrega de ella, extingue la obligación de hacerla y el contrato queda rescindido de derecho. Esta disposición muy consecuente con los dictados de justicia y el principio de la interdependencia de las obligaciones recíprocas que nacen del contrato de compraventa, contraría el régimen del Derecho Civil que impone al comprador a pesar de la imposibilidad fortuita de que le entreguen el bien comprado, la obligación de pagar el precio convenido¹².

En las normas posteriores, se proscribe la lesión enorme, y se regulan las arras, que a falta de pacto expreso constituirán parte del precio, así como el saneamiento por evicción y la obligación de denunciar el pleito para que la obligación de sanear pueda hacerse efectiva. Los últimos artículos sobre compraventa tratan la venta de créditos.

Este libro 2º contempla otros contratos mercantiles como el de permuta, préstamo, depósito mercantil, fianza y seguro de conducción. En los títulos 9, 10 y 11 regula 3 clases de instrumentos negociables o de títulos valores, según su denominación actual: Las letras de cambio, las libranzas y vales o pagarés y las cartas órdenes de crédito.

En cuanto a las letras de cambio, se deduce por la ubicación en el libro 2º de estos documentos de comercio que el legislador los consideró como meros

12 El Código de Comercio de 1971, invierte el aforismo romano clásico y consagra el de *res perit debitore*.

instrumentos probatorios y ejecutivos del contrato de cambio, que era un negocio jurídico consensual, una convención por la cual una de las partes se obligaba, mediante un valor prometido o entregado, a pagar o hacer pagar a la otra parte, o a su cesionario legal, cierta cantidad de dinero en un lugar distinto de aquel en que se celebra la convención.

El Código reguló la modalidad del contrato de cambio trayecticio pues la operación no debía realizarse entre presentes y debía tener lugar en sitios diferentes, según lo ordena el artículo 409¹³.

Si la naturaleza jurídica de las letras de cambio era la de ser documentos probatorios y ejecutivos, es comprensible el que se pudieran autenticar sus firmas ante notario público y, que del documento original se pudieran expedir segundas y terceras copias o duplicados, tal como se prevé en los artículos 407 y subsiguientes.

El protesto es una manera fehaciente de comprobar que quien debía pagar o aceptar la letra no lo hizo a pesar de ser requerido por el tenedor. Esta figura, considerada por muchos tratadistas contemporáneos como “una plaga del derecho cambiario” fue un requisito indispensable para proceder al cobro judicial de la letra (artículos 488 a 502). Se le consideró como una declaración legal de un hecho que debía darse siempre en toda clase de letras. Hoy en día, el Código dispone en el artículo 697 que el protesto sólo es necesario cuando el creador o algún tenedor haya insertado la cláusula “con protesto” en el anverso del título.

En la parte final del Código de Comercio de Santander, el libro 3 se dedicó al tema de las quiebras. Esta institución de raigambre romano que se presentaba cuando un comerciante deudor dejaba de pagar sus obligaciones, afectaba al comerciante incumplido en su patrimonio y en su persona, porque la quiebra era concebida como una sanción o castigo que podía conllevar cárcel.

Según la regulación estudiada, el pago de los acreedores, que es la finalidad del proceso de quiebra, se produce independientemente de la investigación y sanción de los actos culpables o dolosos del comerciante deudor. Entonces, la quiebra es una institución que vela por intereses particulares, los de los acreedores y tutela el orden jurídico cuando se viola el derecho de propiedad, que castiga la ley penal.

¹³ A esta operación se le conoce como “venta de dinero ausente por dinero presente”.

El artículo 561, que sigue de cerca lo reglado en el Código de Comercio Español de 1829, señaló 5 clases de quiebra para efectos de su calificación por parte de los jueces: la suspensión de pagos, la insolvencia fortuita, la insolvencia culpable, la insolvencia fraudulenta y el alzamiento.

Corresponde al Juez declarar la quiebra culpable o fraudulenta según los hechos o actos del deudor previos, concomitantes o posteriores a la suspensión de pagos, como los de aquellos comerciantes cuyas pérdidas les hubieren sobrevenido de apuestas cuantiosas, de compras y ventas simuladas u otras operaciones de agiotaje, cuyo éxito dependiera absolutamente del azar; o por actos como el haber hecho constar en el balance deudas, pérdidas o gastos supuestos.

Para el pago de los acreedores, el juez en sentencia definitiva graduará los créditos fijando el orden en que estos deben ser pagados. El artículo 602 ubica a aquellos acreedores con acción de dominio en la primera clase de créditos. Pertenecen a esta gradación los bienes dotales, y los que la mujer del quebrado adquiriere por herencia, entre otros. En la segunda clase ubicó los créditos hipotecarios desplazando a la tercera y cuarta clase, los créditos escriturarios y los comunes, respectivamente.

En lo relativo al cumplimiento del quebrado, el título 6 distingue las formas de rehabilitación dependiendo de la calificación de la quiebra. A los quebrados fraudulentos y a los alzados les niega la rehabilitación, se trata de una sanción que inhabilita de por vida para el ejercicio lícito del comercio.

La quiebra es una institución que ha dejado de existir en las codificaciones contemporáneas, para ser reemplazada por opciones más acordes con las necesidades de la economía y el comercio como las dispuestas en la ley 222 de 1995 sobre procesos concursales.

En las disposiciones varias contenidas en el título final del Código de Comercio de Santander, aparece un último artículo no consagrado en otras codificaciones regionales, que técnicamente debió ubicarse en el libro 2º porque se refiere a los réditos de un capital derivados de un negocio.

CONCLUSIONES

- Si se examinan las fuentes formales y su jerarquía normativa, el acto y el negocio jurídico como fuentes formales del Derecho Mercantil, se encuentra que no existe una consagración expresa de la autonomía

privada en el Código de Comercio de Santander

- El derecho común ó legislación común constituye un derecho supletivo de aplicación analógica, de gran importancia para complementar y auxiliar, por disposición expresa muy frecuente en el estatuto mercantil, los diversos fenómenos jurídicos regulados en el Código de Comercio.
- El Código reguló de manera amplia la actividad comercial en consonancia con el espíritu liberal e individualista y cambiante de la época en que se aplicó.
- En artículos dispersos el Código de Comercio de Santander consagra la costumbre local como fuente del Derecho Mercantil.
- Las actividades calificadas de mercantiles por el Código no siempre se contemplaron en igualdad de circunstancias; puede afirmarse que el comerciante principal no está sometido a un régimen legal idéntico al del comerciante denominado agente auxiliar de comercio.
- Los gobernantes del Estado de Santander y demás funcionarios públicos no estaban inhabilitados para el ejercicio del comercio durante el desempeño de su gestión pública.
- Los contratos de compraventa mercantil tenían limitado su contenido y objeto a los bienes muebles y los créditos.
- Aunque no está expresamente regulado, el contrato de cambio trayecticio era la relación jurídica que necesariamente daba origen a la letra de cambio, que era tan solo un documento probatorio.
- La quiebra se concibió como una institución que protegía los intereses particulares de los comerciantes acreedores, y, como una sanción de naturaleza penal para el quebrado.
- El Derecho Comercial ha evolucionado rápidamente y ampliado considerablemente su esfera de aplicación, actualmente integra materias tan diversas como el derecho marítimo, el aeronáutico, la propiedad industrial y la protección al consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

- CHURCH JOHNSON, David. Santander. Siglo XIX. Cambio Socioeconómico. Valencia Editores. Bogotá 1984.
- DUQUE CASTRO, María Fernanda. Comerciantes y Empresarios de Bucaramanga (1857 -1885): Una Aproximación desde el Neoinstitucionalismo.

- FLÓREZ ROMERO, Adalberto. El Estado Soberano de Santander. Investigación Colectiva. Tomos II y III. Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga. Bucaramanga, 1985.
- HERNÁNDEZ VELASCO, Héctor. Apuntes sobre la explotación de las quininas en Santander. En: Revista Memorias Escuela de Historia. UIS. Volumen I. Diciembre 2003.
- MARTÍNEZ GARNICA, Armando y otros. Colombia país de regiones. Tomo II, CINEP, Colciencias. Bogotá, 1998.
- MINGLIJÓN, Salvador. Historia del Derecho Español. Labor S.A. Barcelona, 1927.
- NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Introducción al Derecho Mercantil. Librería del Profesional. Bogotá, 1976.
- _____ Obligaciones y Contratos Mercantiles. Temis. Bogotá, 1990.
- OLABARRÍA ÁVILA, Julio. Los Códigos de Comercio Latinoamericanos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1961.
- PINZÓN, José Gabino. Derecho Comercial. Volumen I. Temis, 1957.
- TIRADO MEJÍA, Álvaro y MELO GONZÁLEZ, J. Orlando. Nueva Historia de Colombia. NHC Tomo II. Planeta. Bogotá, 1985.
- VÉLEZ, Fernando. Datos para la Historia del Derecho Nacional. Santafé de Bogotá, 1891.

Aspectos
procedimentales de la
mediación familiar

M^a del Rocío Zafra Espinosa de los Monteros

ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

AUTOR: M^a Del Rocío Zafra Espinosa de los Monteros

FECHA DE RECEPCION: enero 2008

DIRECCION: cisj@unab.edu.co

RESUMEN: Describe el desarrollo de los métodos alternativos en la solución de los conflictos que surgen en la familia en el contexto de la Unión Europea y continua con la descripción de los instrumentos que en particular se han dispuesto para tal fin en la comunidad valenciana en España durante la última década.

PALABRAS CLAVE: Mediación familiar, Mediador, métodos alternativos de solución de conflictos, comunidad valenciana.

ABSTRACT: This essay describes the development of alternative methods for the solutions of conflicts that arise within the family in the European Union context to continue with the description of the instruments that have particularly been implemented for this purpose in Spain's Valencian community during the last decade.

KEY WORDS: Familiar mediation, mediator, alternative methods of solving problems, community of Valencia

Aspectos procedimentales de la mediación familiar

M^a Del Rocío Zafra Espinosa de los Monteros

I.- La mediación familiar

De la convivencia de los miembros de la sociedad puede derivar el nacimiento de controversias. Por ello el Estado debe prever métodos tendentes a garantizar la resolución de los conflictos de manera efectiva y satisfactoria para las partes del mismo en la medida de lo posible.

En principio, el Estado establece, entre otras, una serie de normas, a las que denominamos normas de derecho, para regular las relaciones de los ciudadanos, que cuando son cumplidas producen situaciones de satisfacción o normalidad, pero que en caso contrario, cuando se produce el incumplimiento o desconocimiento generan situaciones de conflicto a las cuales hay que dar solución, tratando de buscar la paz social, a través de una solución justa.

El crecimiento de la sociedad y la evolución de la misma ha generado que el conjunto de normas tendentes a solucionar los posibles conflictos sean inoperantes en tanto en cuanto no resuelven de manera eficaz los mismos. El mecanismo más habitual para solucionar los conflictos en nuestro ordenamiento jurídico es el Proceso. Sin embargo existen otras formas de solucionar los conflictos denominados *métodos autocompositivos* caracterizados normalmente por su carácter voluntario y extrajudicial, es decir, se configuran como una manera alternativa al proceso de solucionar los conflictos.

Entre estos métodos extrajudiciales de solución están la conciliación y la mediación, también conocidas como las ADR (*alternative dispute*

resolution). Con ellos se pretende que la solución del conflicto se haga de manera rápida, eficaz, reportando por supuesto un abaratamiento en los costes. Asimismo, con estos mecanismos la solución será propuesta, y no impuesta, por una persona que actúa «inter partes», al que podemos denominar mediador o conciliador.

Es habitual encontrarse el juego de estas medidas de solución extrajudicial en otros ámbitos, como el derecho del trabajo, en los que es posible la búsqueda de una solución a un conflicto individual o colectivo a través de conciliaciones o mediaciones, bien a través de servicios administrativos, bien de servicios de origen convencional.

No obstante, ahora nos interesan las implicaciones de dichos métodos en el campo privado, donde tradicionalmente se ha hecho uso de los mismos, hasta el punto de regularse expresamente en el Código Civil, el contrato de transacción (art. 1.809), y permitir que un tercero colabore en la solución de los conflictos. Ciertamente es que la mediación familiar puede adquirir cierto tinte de novedad, pero la realidad es que la mediación se viene realizando desde que en 1981 se implantó el divorcio en España por la Ley 30/1981 de 7 de julio¹, por la que se regulaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, previendo un sistema por el que las partes debían de acordar lo más ventajoso para sus intereses, perjudicándose así lo menos posible.

Tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, en aquellas separaciones que son consensuadas (denominadas «separaciones de mutuo acuerdo»), es requisito necesario que las partes, al interponer la demanda, la acompañen con el convenio regulador, de acuerdo con lo establecido en el art. 777.2 LEC.

El **convenio regulador** que surja como consecuencia del acercamiento de las posturas de las partes, debe hacer mención a la determinación de la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio..., tal y como establece el artículo 90 del Código Civil. Lo acordado sobre estos términos en el convenio regulador pactado por las partes debe ser revisado por el órgano judicial competente

¹ Art. 81 de la Ley 30/1981, de 7 de julio; “Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: *A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación conforme*”.

para, si se ajusta a Derecho, aprobarlo mediante Sentencia que declarará la separación del matrimonio o disolución en su caso.

No obstante, desde que en 1998 el Consejo de Europa (a través de la Recomendación a los Estados miembros sobre la mediación familiar) instaran a los países miembros al establecimiento o mejora de un servicio de mediación familiar para la solución de los conflictos que puedan surgir en el seno de una familia y sobre todo cuando existen intereses de menores por medio del mismo, son muchos los países que han puesto en marcha este concreto sistema de solución a través de los cuales pueden solventar las crisis conyugales y así evitar las consecuencias más conflictivas que reporta el proceso. Además se aprobó por los gobiernos de los diferentes Estados de la UE, un Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia - Texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior en diciembre de 1998 - en la que se establece que se adoptará la medida conducente a estudiar la posibilidad de elaborar soluciones no judiciales de las controversias, haciendo especial referencia a los conflictos familiares transnacionales. En este contexto, debería estudiarse la posibilidad de mediación para resolución de conflictos familiares.

Ahora bien, no en todos los Estados donde se ha implantado el servicio de mediación familiar se ha configurado de la misma manera. Por ello podemos diferenciar un primer grupo, compuesto por Andorra, Finlandia, Suecia, Noruega, Irlanda y Alemania, donde la mediación tiene carácter público y en ocasiones gratuito. Un segundo grupo, formado por Francia e Inglaterra, en los que la mediación suele tener carácter privado y retribuido. Y finalmente un tercer grupo, formado por Estados Unidos de América, Italia, Suiza o Inglaterra (pioneros en el servicio de mediación familiar), que han recogido en sus ordenamientos la necesidad de acudir a la mediación familiar como vía previa al proceso de separación o divorcio.

La concepción de estas nuevas medidas de solución de los conflictos, tienen como fin primordial la protección de los intereses familiares, no sólo de las relaciones entre los miembros del entorno, sino también porque pueden conllevar mayor protección de los menores de edad a los que afecte el conflicto.

En nuestro ordenamiento jurídico existen diversas legislaciones reguladoras de la materia² como son la Ley 1/2001, de 15 de marzo de 2001,

² También podemos citar a la Comunidad autónoma del País Vasco donde desde hace años se tiene en funcionamiento un servicio de mediación familiar, subvencionado por el gobierno autonómico con la participación de los servicios sociales locales.

de mediación familiar de Cataluña [BOE 16 de abril de 2001]; Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en Galicia [BOE 2 de julio de 2001]; Ley 7/2001, 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana³ [BOE 19 de diciembre de 2001.]; Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar, de aplicación en Canarias [BOE 5 de junio de 2003]; Ley 1/2006, de 6 de abril de mediación familiar en Castilla León [BOE 3 de mayo de 2006]. Sin embargo todas ellas tienen un denominador común, entendiendo la mediación familiar como un sistema de solución de conflictos, en el caso concreto, familiares, que debe ser **voluntario** y donde el mediador debe ser una persona imparcial y sometida al deber de confidencialidad con respecto tanto de las partes como del asunto que se trate tal y como se refleja en la Recomendación emitida por el Consejo de Ministros de la Unión Europea.

A la iniciativa autonómica de regular la mediación como método voluntario, apto a la solución de conflictos familiares, se une la reciente reforma del código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. De este modo, se incorpora la mediación familiar a la generalidad del ordenamiento jurídico. Ésta se prescribe como una solución alternativa a los problemas que se derivan, en muchas ocasiones, de los largos, duros y conflictivos procesos de separación, más si tenemos en cuenta la existencia de menores de edad o incapacitados.

Además, mediante la mencionada Ley 15/2005, el Gobierno se compromete a remitir al Congreso una Ley de Mediación familiar aplicable en todo el territorio nacional, inspirada, en todo caso, en los principios de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.

La mediación familiar tiene ámbito de aplicación determinado y común en todas las leyes mencionadas. Así podrán someterse a la mediación familiar

3 Antes de la entrada en vigor de la ley de mediación familiar en la comunidad de Valencia, el Colegio de Abogados de dicha ciudad y el Consejo General del Poder Judicial, llegaron a un acuerdo para que los abogados ejercieran como mediadores familiares en los ámbitos de la separación y el divorcio. Con esta medida adoptada por el Colegio de Abogados, se pretendía mejorar la comunicación de los miembros de la familia, así como reducir los conflictos entre las partes litigantes disminuyendo, obviamente, los costes económicos que reporta un proceso de estas características por los métodos tradicionales. Con este acuerdo se prevé, que en los supuestos de que las personas que quisieran utilizar este servicio, carezcan de ingresos, la mediación familiar será gratuita. Este acuerdo, recuerda que *“la función de mediador no debe confundirse con la del juez ni con la del abogado de cada una de las partes ya que sólo pretende facilitar la vía del diálogo, asistir a los miembros de una familia en conflicto y ayudar a la búsqueda de decisiones pero serán las partes, de mutuo acuerdo, las que tomen una decisión definitiva”*.

aquellos asuntos que surjan en todos los matrimonios, parejas de hecho o parejas en las que exista un hijo común, menor de edad, influido por el conflicto, aún cuando ésta se haya disuelto pero siempre y cuando las controversias surgidas se encuentren en el elenco de supuestos que prevén las diferentes leyes de mediación familiar⁴.

No hay duda del sentido de la mediación familiar cuando se trata de parejas unidas por vínculo matrimonial, en tanto en cuanto para la disolución del mismo es necesario que se declare por sentencia y en la que se incluirá el convenio regulador o las medidas que el órgano judicial estime oportunas para regular la situación. Sin embargo, en el caso de las parejas de hecho y atendiendo a las diferentes legislaciones autonómicas que las regulan⁵, pueden inscribir un documento en el Registro de Uniones de hecho correspondiente, que regule las relaciones patrimoniales y personales derivadas de la convivencia, siempre que no sean contrarios a Derecho ni perjudiquen a terceros. Asimismo en caso de disolución de la pareja de hecho, uno de los miembros puede solicitar del otro una pensión periódica, el establecimiento de un régimen de guarda y visitas de los hijos menores en aquellos supuestos en que existan. Para que todos los acuerdos sobre estas materias tengan fuerza ejecutiva, será necesario que sean ratificados por el órgano judicial, teniendo entonces presente la importancia de la mediación familiar en la adopción del acuerdo para así poder satisfacer, lo mejor que se pueda, los intereses de todos.

La necesidad de que estos acuerdos sean ratificados judicialmente, está en la indisponibilidad de parte del objeto litigioso en cuestión. Así, el artículo 751

4 Art. 5 de la Ley 1/2001, de 15 de marzo de 2001, de mediación familiar de Cataluña; Art. 13 de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana; Art. 4 de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en Galicia; Art. 3 de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar, de aplicación en Canarias; Y por último, también el Art. 4 del Anteproyecto de Ley de Mediación Familiar andaluza.

5 Ley 10/1998, de 15 de julio de Uniones Estables de pareja de Cataluña (BOE de 19 de agosto); Ley 6/1999, de 26 de marzo, de las Cortes de Aragón, relativa a Parejas estables no casadas (BOE de 21 de abril); Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (BOE de 6 de septiembre); Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho de Valencia (BOE de 10 de mayo); Ley 18/2001, de 19 de diciembre de parejas Estables de Baleares (BOE de 16 de enero 2002); Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (BOE de 5 de marzo de 2002); Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables (BOE de 2 de julio); Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía (BOE de 13 de enero de 2003); Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOE de 14 de abril).

LEC⁶, en relación al 748 del mismo texto legal⁷ se establece la indisponibilidad del objeto litigioso, en los que no surtirá efecto ni el allanamiento, ni la renuncia. Por ello, lo aconsejable en estos casos es que sean las propias partes, y sobre todo en el caso de la existencia de un menor en el conflicto, las que propongan y acepten de mutuo acuerdo la solución. La mediación familiar puede versar sobre todos los puntos conflictivos existentes entre las partes o bien sólo sobre alguno de ellos. Por eso podemos diferenciar entre mediaciones totales o parciales.

Otras de las cuestiones llamativas es el carácter retributivo de la mediación familiar. Ésta solo será gratuita para aquellas personas que gocen del derecho a la asistencia jurídica gratuita⁸. El reconocimiento de la asistencia

6 Artículo 751 de la LEC: *Indisponibilidad del objeto del proceso. 1. En los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción. 2. El desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal, excepto en los casos siguientes: En los procesos de declaración de prodigalidad, así como en los que se refiera filiación, paternidad y maternidad, siempre que no existan menores, incapacitados o ausentes interesados en el procedimiento. En los procesos de nulidad matrimonial por minoría de edad, cuando el cónyuge que contrajo matrimonio siendo menor ejercite, después de llegar a la mayoría de edad, la acción de nulidad. En los procesos de nulidad matrimonial por error, coacción o miedo grave. En los procesos de separación y divorcio. 3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este Título y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable, podrán ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento, conforme a lo previsto en el Capítulo IV del Título I del Libro I de esta Ley.*

7 Artículo 748 de la LEC: *“Ámbito de aplicación del presente título. Las disposiciones del presente título serán aplicables a los siguientes procesos: Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad. Los de filiación, paternidad y maternidad. Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos. Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores. Los de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial. Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.”*

8 El derecho a la asistencia jurídica gratuita viene regulado en la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica gratuita. Así en su artículo 2, se establece el ámbito personal de aplicación de este derecho; a) *Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.* b) *A Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso.* ; c) *Las siguientes personas jurídicas cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar,...;* d) *En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales;* e) *En el orden jurisdiccional penal, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuitas, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español;* f) *En el orden contencioso-administrativo así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en todos aquellos procesos relativos a su solicitud de asilo.*

jurídica gratuita se deberá realizar para cada cónyuge, es decir, se le reconocerá a aquel que tenga menos poder adquisitivo. Así el cónyuge al que no se le haya reconocido el beneficio de la gratuidad de la mediación, deberá abonar la mitad correspondiente al ejercicio.

II.- El mediador

El mediador debe actuar una vez que las partes han manifestado su voluntad⁹ inequívoca de someterse a este método de solución de conflictos, debe ser una persona imparcial¹⁰ con respecto al asunto y a las partes del conflicto, debiéndose así al principio de confidencialidad, garantizando el respeto a la vida privada de las partes en cuestión durante y tras la mediación familiar.

El mediador será acordado de común acuerdo entre las partes, que lo elegirán de entre una lista existente en el Registro de Personas Mediadoras Familiares sito en cada Comunidad Autónoma correspondiente.

El mediador en ningún caso impondrá una solución sino que su trabajo se centra en el acercamiento de las posturas de las partes, pudiendo proponer la solución al mismo, pero son las partes las que deberán finalmente llegar a la solución del conflicto teniendo en cuenta los intereses del cónyuge más perjudicado y los de los hijos menores en su caso.

El mediador podrá ser un trabajador social, un psicólogo o un abogado. En este último caso, la tarea del mediador (abogado) no podemos entenderla como la tarea de letrado de una de las partes. De esta forma en caso de que por la mediación no se llegue a ningún acuerdo satisfactorio para las partes, el mediador deberá declinar en el abogado para que redacte el acuerdo a modo de convenio regulador y plantee el caso por la vía contenciosa, no siendo conveniente que sea la persona que ha actuado como mediador, el abogado de alguna de las partes¹¹.

9 La Recomendación del Consejo de Ministros por la que se insta a los Estados miembros del Consejo de Europa a la instauración de este modo de solución de conflictos en el ámbito familiar, establece que la mediación familiar en principio debe ser voluntaria, no pudiéndose obligar a las partes a que se sometan a la misma, estableciéndose así en todas las legislaciones autonómicas que sobre la materia se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

10 Sin embargo, el mediador no podrá ser neutral ni imparcial ante las necesidades objetivas de los hijos que no tengan en cuenta sus padres, ante situaciones de gran desequilibrio económico para uno de los cónyuges, ni ante situaciones de maltrato a los hijos, o hacia uno de los miembros de la pareja [<http://www.mediacionfamiliarmariaje.com>]

11 ESCRIVÁ-IVARS, J., *Matrimonio y mediación familiar*, Instituto de Ciencias para la Familia, Madrid, 2001, pág. 137.

III.- Otras Cuestiones

Una vez que hemos analizado los fundamentales rasgos de la mediación familiar y de las ventajas que la misma reporta sobre todo en torno a la rapidez y la eficacia con que son resueltos los conflictos, es necesario traer a colación diferentes puntos que nos parecen interesantes para poder llegar a un mayor acople de la mediación familiar en el ordenamiento jurídico español.

Entre estos puntos están:

1. La mediación familiar como método alternativo de solución de conflictos puede ser menos perjudicial para los menores que se vean inmersos en este tipo de controversias, pero si en un proceso judicial la existencia de un menor de edad provoca la intervención del Ministerio Fiscal para la defensa de sus intereses, en la mediación familiar cabe preguntarse si se tendría que establecer su intervención necesaria.
2. Si la mediación familiar se determina como un método al que las partes asisten voluntariamente y así se ha reflejado en las legislaciones reguladoras de la materia, parece confusa la facultad que se le otorga al órgano judicial, en aquellos supuestos en que la mediación se origine en el curso del proceso, de instar a las partes para que acudan a la mediación familiar.
3. En relación al punto anterior, en estos casos el proceso judicial en marcha se suspende. Pero, tal y como se refleja en el apartado 4 del art. 19 LEC la potestad de suspensión la tienen las partes, por lo tanto si el órgano judicial insta a las partes al proceso de mediación familiar, éste de oficio estaría suspendiendo el procedimiento, facultad que no le concede la LEC¹².
4. Por último, en caso de que la mediación familiar finalice de manera satisfactoria, es decir, se llegue a la elaboración de un acuerdo entre las partes que determine la solución sobre los puntos objeto de conflicto, uno de los problemas fundamentales es la homologación judicial. Si la mediación familiar se da en un proceso en marcha no hay problema puesto que se introduce en el proceso como **convenio regulador**. Ahora bien, el problema de la homologación judicial de los acuerdos derivados de la mediación familiar tiene su razón de ser en los supuestos en que la

¹² La competencia en materia de legislación procesal la tiene atribuida en exclusiva el Estado, en virtud del artículo 149.1. 6º de la CE.

mediación se lleve a cabo desde un principio por las partes, puesto que si aún habiendo llegado a un acuerdo alguna de las partes incumpliera lo acordado, ¿cómo se hace valer?.

A.- La intervención del Ministerio Fiscal

Entre las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal se encuentra la relativa a la defensa de los menores de edad e incapacitados¹³. En los procesos de separación o divorcio, es frecuente la existencia de menores, por ello será obligatoria la intervención del Ministerio Fiscal, tal y como se desprende del artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal¹⁴.

Así, será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, en materia de patria potestad, para promover medidas de protección de los hijos de familia, para procurarles alimentos, evitarles perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titularidad de la guarda y custodia y en general evitarles perjuicios.

Por ello, cuando las partes deciden acudir a la mediación familiar para solventar controversias, y se da la existencia de un menor o incapacitado, la solución más satisfactoria con el carácter de la mediación será la necesidad de la intervención del Ministerio Público cuando se vaya a ratificar judicialmente el acuerdo resultante de la mediación, para que éste vele por la defensa de sus intereses en el caso en que el acuerdo suponga un menoscabo en los intereses de los menores o incapacitados.

B.- Voluntariedad de la mediación y la suspensión del procedimiento

La mediación familiar puede darse en tres momentos diferentes. En primer lugar cuando surge el conflicto entre las partes y deciden solucionarlos a

13 FLORES PRADA, I., *El Ministerio Fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, Pág. 478.

14 En concreto los apartados 6 y 7 del Art. 3 EOMF; “6. *Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.*

7. *Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.*”

15 En sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de septiembre de 1997 (AC 1915) se establece: *de modo que los propios pactos establecidos en el convenio suscrito por los progenitores no son homologables si resultan perjudiciales para los menores, siendo susceptibles de limitación o suspensión de oficio si concurre grave circunstancia que así lo aconseje, por ser una cuestión de orden público que se integra en el «ius cogens» por lo que no rige en todo su rigor el principio dispositivo y de rogación, y es por ello que la normativa vigente arbitra fórmulas con qué garantizar o servir aquel interés.*

través de este medio alternativo, no obstante el resultado de esta mediación puede ser la reconciliación de los cónyuges. En caso de imposibilidad de reconciliación, y habiendo llegado a un acuerdo en el procedimiento de mediación familiar, los cónyuges acudirán al proceso de separación y divorcio consensuado, regulado en el Art. 777 LEC, para la homologación del acuerdo.

La mediación familiar es incompatible con la incoación de un proceso de separación y divorcio; es por ello, por lo que se prevé que en el caso de que las partes decidan acudir a este medio alternativo, deberán solicitar la suspensión de las actuaciones judiciales tal y como establece el artículo 770 LEC, debiendo reservarse ésta para cuando no exista acuerdo entre las partes o bien el contenido del mismo resulte lesivo a los intereses de los menores, incapacitados o uno de los cónyuges, conforme a la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Esta situación provocaría la suspensión del procedimiento, por un plazo máximo de 60 días¹⁶, admitida en nuestro ordenamiento jurídico siempre que sean las partes las que voluntariamente la soliciten, siempre y cuando dicha suspensión no perjudique el interés general o de terceros y que el objeto del proceso sea de derecho disponible¹⁷, tal y como se refleja en el apartado cuarto del artículo 19 de la LEC, en virtud del principio dispositivo que inspira el proceso civil español.

16 Una vez transcurrido el plazo de sesenta días desembocará en el desistimiento, la continuación del juicio y la existencia de acuerdo, así se dispone en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 19 de septiembre de 2002 (AC 1309). A este mismo respecto, varios autores, entre los que destacan CORDÓN MORENO, F y otros., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I*, Aranzadi, Pamplona, 2001, Pág. 233; GARBERÍ LLOBREGAT, J [et.al]. *Los procesos civiles. Comentarios a la LEC con formularios y jurisprudencia. Tomo I*, Bosch, Barcelona, 2001, Pág. 268; LORCA NAVARRETE, A.M [et.al]. *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo I*, Lex Nova, Valladolid, 2002, Pág. 227, establecen que pasados los sesenta días de la suspensión, el efecto será el previsto en el artículo 179.2 de la LEC, el cual dispone que; “*El curso del procedimiento se podrá suspender de conformidad con lo que se establece en el apartado 4 del artículo 19 de la presente Ley, y se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes. Si, transcurrido el plazo por el que se acordó la suspensión, nadie pidiere, en los cinco días siguientes, la reanudación del proceso, se archivarán provisionalmente los autos y permanecerán en tal situación mientras no se solicite la continuación del proceso o se produzca la caducidad de instancia.*” GUZMÁN FLUJA, V, *El proceso civil*, Volumen II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, Pág. 1432, establece que el proceso puede pasar por la fase de suspensión o por la de archivo; de la suspensión puede salir, a instancia de parte, con lo que se reanuda el proceso; y del archivo también, como en el caso anterior a instancia de parte, con lo que se continúa el proceso.

17 CORDÓN MORENO, F y otros., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*,... op.cit, Pág. 227 y ss. En este mismo sentido GARBERÍ LLOBREGAT, J [et.al]., *Los procesos civiles. Comentarios*...op.cit, Pág. 266.

Por tanto, las partes que hayan comenzado un proceso de separación o divorcio podrán solicitar la suspensión del procedimiento iniciado para acudir a la mediación.

Terminada la mediación si se llega a un acuerdo, las partes podrán pedir la modificación de los trámites del proceso para la homologación del mismo a través del procedimiento consensuado. Así se establece en el artículo 770.5 de la LEC.

Hay que recordar que el carácter voluntario de la mediación hace posible la suspensión del procedimiento que esté en curso para que ésta se lleve a cabo entre las partes, facultad que la LEC les concede solo a ellas¹⁸. Por eso resulta criticable la potestad que las legislaciones autonómicas sobre Mediación familiar han otorgado al órgano judicial, puesto que la posibilidad de modificación de las leyes procesales es de competencia estatal como así queda reflejado en el artículo 149.1.6ª de la CE. Hay que tener presente que si la mediación familiar no ostenta el carácter voluntario y espontáneo entre las partes, ésta sería ineficaz para resolver las controversias familiares. Con lo cual podemos llegar a la conclusión de que la facultad otorgada al órgano judicial para instar a la mediación entre las partes en el curso de un proceso convertiría a ésta en obligatoria, y por tanto, contraria a los principios característicos de la mediación familiar, amén de suscitar enormes dudas respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Por último cabe que la mediación familiar se lleve a cabo una vez que haya recaído sentencia firme en el proceso de separación o divorcio.

C.- Homologación del acuerdo

Cuando las partes, una vez terminada la mediación familiar llegan a la elaboración y firma del acuerdo de mediación familiar, podemos decir que la mediación ha concluido satisfactoriamente. Pero en estos supuestos las partes tendrán que acudir al órgano judicial para que homologue el acuerdo. Esta homologación se llevará a cabo a través del proceso de separación o divorcio consensuado¹⁹ regulado en el artículo 777 de la LEC. En los supuestos en que las partes no homologaran judicialmente el acuerdo, su

18 DE LA OLIVA SANTOS, A... [et.al]., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Civitas, Madrid, 2001, Pág. 118, establece que la finalidad de la norma y los requisitos legales de la suspensión indican, sin lugar a dudas, que es necesaria la concurrencia de la voluntad de todos los litigantes.

19 ESCRIVÁ-IVARS, J., *Matrimonio y mediación...* op.cit., pág. 147. El autor refleja la carencia de este acuerdo de fuerza ejecutiva, estableciendo que serán las partes las que deberán acudir al órgano judicial correspondiente para su homologación a través del correspondiente proceso consensuado y siempre y cuando el acuerdo sea conforme a Derecho.

exigibilidad vendría determinada por la naturaleza misma del acuerdo, es decir, como si de un contrato privado se tratara, produciéndose así el marco obligatorio en el que se ha de desarrollar la relación entre aquellos²⁰.

Para la homologación de los acuerdos adoptados en aquellas parejas en las que sólo se discuta la guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos, se procederá a través de los trámites establecidos para la adopción de medidas (art. 770.6 LEC).

En los casos en que la mediación familiar se llevara a cabo en el momento en que ha recaído sentencia firme sobre la separación o divorcio, la homologación se producirá por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la modificación del convenio regulador, y puesto que se entiende que dicha modificación se realizará de conformidad con los dos cónyuges, se sustanciará por los trámites del proceso de separación y divorcio consensuado (Art. 777 LEC).

En todo caso, para que el proceso de separación o divorcio tenga efectos jurídicos será necesario que sea declarado conforme con la legislación vigente a través del procedimiento legal oportuno²¹.

20 TORRERO MUÑOZ, M., *Las crisis familiares en la Jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1999, pág. 35. su oponibilidad frente a terceros, se podrá conseguir, según la autora, a través de dos vías; la homologación judicial por el proceso consensuado; o bien a través de la transcripción a documento público para su posterior inscripción en el Registro público correspondiente. En este sentido y para el caso de inscripción en el registro público, será necesario que el acuerdo de mediación familiar trate solo temas patrimoniales y que no sean de naturaleza indisponible, como las relativas al estado civil de las personas o las que afecten a la protección civil de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la CE ya que en caso contrario el acuerdo sería nulo de pleno derecho tal y como se refleja en el art. 6.3 del Código Civil.

21 Así se pone de manifiesto por Resolución General de los Registros y del Notario núm. 5/2001, de 14 de mayo (RJ 1730). Fundamento de Derecho 5º.

Saneamiento de Nulidades Procesales

Laureano Gómez Serrano

SANEAMIENTO DE NULIDADES PROCESALES

AUTOR: Laureano Gómez Serrano
DIRECCIÓN: lgomezse@unab.edu.co
FECHA DE RECEPCIÓN: mayo 2008

RESUMEN: Análisis del problema que suscitan los cambios de competencia en especial las nulidades procesales y su saneamiento.

PALABRAS CLAVE: Hermenéutica jurídica; Ley 153 de 1887; estancos compartimentos, preclusión, nulidades procesales, saneamiento de nulidades.

ABSTRACT: The author analyzes the problems that arise when there is a change in the jurisdiction specially as regards procedure nullities and their cure.

KEY WORDS: Legal Hermeneutics, preclusión, procedural nullities, reparation of nullities.

Saneamiento de Nulidades Procesales

Laureano Gómez Serrano

Saneamiento de Nulidades Procesales

Es de común ocurrencia, en especial cuando se crean, modifican o amplían las competencias en las distintas ramas de la jurisdicción¹ que se produzca una cascada de declaraciones de nulidades procesales, sin que los jueces que las decretan precisen el estado en que queda el respectivo proceso, incumpliendo la obligación legal de indicar con precisión **“la actuación que debe renovarse”** como consecuencia de la nulidad declarada, de conformidad con la estipulación del inciso segundo del artículo 146 del Código de Procedimiento Civil².

La referida norma pretende ordenar la prosecución del trámite procesal ante el nuevo funcionario competente, y por tanto, el juez que decreta la nulidad se halla obligado a determinar con precisión las actuaciones afectadas y aquellas que se mantienen incólumes y con plena validez jurídica.

I.- En primer lugar, y para el efecto, debe tenerse en cuenta que a la entrada en vigor de las nuevas disposiciones sobre competencia y, o jurisdicción, los procesos se hallan surtiendo diferentes etapas, unas veces en prácticas de pruebas, trámite de incidentes procesales o surtiendo apelaciones, o desarrollando términos que se hallan en curso, lo cual implica la necesidad de establecer el balance respecto de la validez de lo actuado ante el funcionario judicial que hasta ese momento ostentaba la competencia, y que no puede despacharse la nulidad con la consabida fórmula de **“declarar la nulidad de todo lo actuado dentro del presente proceso, a partir de la vigencia de la ley...”**, ya que el inciso segundo del

1 Obsérvese lo acontecido con la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006, el 27 de diciembre, momento de su promulgación en el *Diario Oficial* 46.494.

2 Dispone el inciso segundo del artículo 146 del Código de Procedimiento Civil que el juez, en “el auto que declare la nulidad indicará la actuación que debe renovarse...”.

artículo 143 del estatuto procesal , impone al Juez que la declara la obligación de indicar **“la actuación que debe renovarse.”**

Esta omisión de determinar las actuaciones que debían renovarse, apelando al atajo de decir que se declaraba la nulidad de **“todo lo actuado a partir de la vigencia de la ley ”**, constituye no sólo una imprecisión, sino una ilegalidad, que como lo enseña la Corte Suprema de Justicia, con la pluma del magistrado Humberto Murcia Ballén bajo el aforismo de que lo **“ilegal no ata ni desata”**³, no tiene fuerza vinculante, que por tanto debe ser corregida bien sea en vía de impugnación, o por el nuevo juez competente, al momento de asumir el conocimiento.

De lo contrario se generaría una caótica transición de las actividades procesales, que por principio deben ser ordenadas y congruentes , y hasta verdaderos estropicios , como el de jueces que invalidarían con la nulidad decisiones ejecutoriadas y en firme tomadas por sus superiores jerárquicos, lo cual contraviene lo dispuesto en el numeral 3, del artículo 140 del estatuto procesal, acción a su vez generadora de nulidad, por proceder **“contra providencia ejecutoriada del superior...”**, por cuanto, como bien lo señala el profesor Parra Quijano, **“ si el inferior pudiera desconocer las decisiones del superior, no se justificaría la institución de los recursos...”**⁴.

El tránsito de los procesos, cuando se trata de la entrada en vigor de una nueva norma procesal, se halla previsto y reglado por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que dispone que **“los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”**, el cual reconoce, por tanto, un efecto ultractivo de la norma derogada o subrogada, para señalar que ella sigue imperando sobre la actuación iniciada y en curso.

Al efecto, el tratadista de Derecho Procesal, Hernán Fabio López Blanco, señala claramente que en el tránsito de legislación procesal, opera la ultractividad de la normas y se sigue aplicando la disposición derogada **“mientras se decide el recurso interpuesto bajo la vigencia de la legislación anterior...”**⁵.

3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, auto del Magistrado Ponente Humberto Murcia Ballén, y sentencia del 23 de marzo de 1981.

4 PARRA QUIJANO, Jairo. Derecho Procesal Civil, tomo I, Parte General, Temis, Bogotá 1992, página 362.

5 LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo I, Parte General, editorial Dupre, Bogotá , ediciones de 1997 y 2007, página 36.

El profesor López Blanco explica que **“lo que el legislador ha pretendido es tratar que el empalme de las legislaciones procesales no se realice de manera abrupta, de modo que pueda romper el orden que debe reinar en el proceso, sino que se haga de forma tal que se siga manteniendo esa lógica que debe gobernar siempre la actuación....”**⁶.

Así mismo, esta solución para el tránsito de legislación procesal, fue la adoptada en el artículo 699 del código de procedimiento civil⁷, y se aplica en todos aquellos casos en que se modifica la competencia para el conocimiento de un asunto, transfiriéndola de unos jueces a otros, incluso cuando se trata de jueces de distinta área, como es el caso de la remisión de los jueces civiles a la de los jueces de lo contencioso administrativo, que suelen presentarse como pseudo- colisiones de jurisdicción, cuando de lo que en verdad se trata es, de una traslación de la competencia para conocer, del juez civil ordinario al juez contencioso administrativo.

En sentido estricto, como lo enseñan Parra Quijano y López Blanco, siguiendo a Couture, la jurisdicción es la potestad de administrar justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, empero, cuando ella se segmenta por sentido práctico, para crear especializaciones entre los jueces, empieza confundirse con la competencia; por ello López Blanco precisa: **“ siempre que el Código hable de falta de jurisdicción se está refiriendo a falta de competencia por ramas, porque ello indicia que el proceso no corresponde a la rama civil sino a una diversa, como, por ejemplo la contencioso-administrativa...”**⁸.

II.- En segundo término, debe tenerse en cuenta que cuando se suscitan nulidades por cambio de **“jurisdicción”**, o sea, por cambio de competencia de una rama a otra de la jurisdicción, es preciso concretar que no toda la actuación surtida por el juez de la otra rama de la jurisdicción, que venía conociendo del asunto, resulta espuria, reprochable y, por ende, nula.

Estas disposiciones normativas, según Parra Quijano, no son otra cosa que la consagración en nuestro estatuto procesal de la vieja doctrina de los

6 *Ibidem*, página 37.

7 Código de Procedimiento Civil, artículo 699 : “en los procesos iniciados antes, en los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren empezado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación.”

8 LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Op. cit.*, página 97.

compartimentos, estancos, conocida como principio de **“preclusión”** instituida para ordenar el proceso, al reconocer como **“efecto de una etapa del proceso que al abrirse, cierra definitivamente la anterior”**(...) por cuanto el procedimiento **consiste en la división del proceso en una serie de estancos o períodos, en los cuales se reparte la actividad de la partes y el juez, de tal manera que determinados actos deben corresponder a un período dado... (...) por efecto de la preclusión adquieren carácter firme los actos cumplidos dentro del período o sección pertinente”**⁹.

Potísimas razones de eficacia en la prestación de la justicia y de economía procesal, determinan que no todo lo actuado por el juez anterior, resulte abominado por el nuevo juez, para sencillamente, en un acto de derroche jurisdiccional determinar que se repita la actuación que se ha surtido con observancia plena del principio de contradicción; como lo enseña Couture, la administración de justicia debe adelantar su actuación en el menor tiempo posible y con el mínimo desgaste: **“El tiempo en el proceso, más que oro, es justicia”**¹⁰.

Y resulta manifiestamente innecesario y superfluo que el nuevo Juez competente dedique su precioso tiempo y actividad a ordenar la reproducción de trámites surtidos ante el anterior Juez, realizadas con la plenitud de las garantías procesales que, por demás, no han recibido objeción de ninguna especie por las partes interesadas, lo cual conllevaría, por ejemplo, a rehacer el trámite de excepciones y su respuesta, o la práctica de pruebas, lo que simplemente redundaría en que las partes reproducirían sus memoriales ya presentados y obrantes en el proceso, allegarían los mismos documentos; el nuevo Juez, obviamente, procederá a copiar en lo sustancial las providencias ya proferidas, pero con un notables despilfarro de la acción jurisdiccional.

El artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, que regula los **“efectos de la nulidad declarada”** dispone que: **“La nulidad sólo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por éste. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto a quienes tuvieron oportunidad de contradecirla...”**

9 PARRAQUIJANO, Jairo. Op. Cit, página 9.

10 COUTURE, Eduardo J. Estudios de Derecho procesal, Buenos Aires, Depalma, 1978, Citado por Parra Quijano, Jairo, Op. Cit. Página 6.

Nótese que el legislador señaló estos efectos para toda clase de nulidades, las saneables y las no saneables, las declarables oficiosamente o la declarables a petición de parte; al efecto, aplíquese el principio hermenéutico de que donde el legislador no distingue, no le es posible distinguir al intérprete.

Como lo señala Parra Quijano, **“La nulidad sólo comprende la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada con éste. Con relación a la prueba practicada, mantendrá su validez respecto de las personas que tuvieron oportunidad de contradecirla.... (...) ...Debe quedar muy claro que no toda la actuación posterior al motivo que produjo la nulidad es nula, sino aquella que dependa de la providencia; los incidentes y cualquier otra actuación que no dependa de ella es perfectamente válida...”**¹¹.

En el mismo sentido López Blanco dice que el estatuto procesal civil colombiano adopta el principio de que la actividad probatoria desarrollada no se ve afectada por la existencia de la nulidad, y que en **“caso de que haya de reponerse la actuación anulada, no es menester hacerlo respecto de las pruebas practicadas, por conservar estas su eficacia...”**¹².

Así mismo, este eminente procesalista colombiano señala que razones de economía procesal, llevaron al legislador a salvaguardar las pruebas practicadas dentro de la actuación declarada nula, conservando por tanto su eficacia **“respecto de quienes tuvieron la oportunidad para contradecirla, por haber sido citados legalmente al proceso, con lo cual queda claro que al reponerse la actuación anulada y reunida la condición citada, no será necesario repetir la práctica de las pruebas que van a conservar plena vigencia, con lo cual mucho se atemperan los efectos nocivos de la declaración de nulidad cuando de reponer la actuación afectada por ésta se refiere”**¹³.

En idéntico sentido se pronunció la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-037 de 1998, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía, al resolver sobre la demanda de inexecutableidad contra los artículos 144 y 146 del Código de Procedimiento Civil, en especial al plantearse el problema

11 PARRA QUIJANO, Jairo, Op. Cit. páginas 375 y 376.

12 LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. Cit., página 887.

13 LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Reforma al Código de Procedimiento Civil Colombiano, Decreto 2282, octubre 7 de 1989, página 96.

jurídico relativo a la validez de la prueba practicada dentro de una actuación que posteriormente es declarada nula, decide afirmar la sujeción de ésta disposición a la Carta Política y señala que la disposición del artículo 146, al disponer el salvamento de las pruebas practicadas en el proceso cuya nulidad se declara posteriormente, lo que hace es aplicar el **“ principio de la economía procesal ”**.

Dijo la Corte:

“ Existe a lo largo del Código de Procedimiento Civil una gran gama de eventos en los cuales se materializa el mencionado principio y el saneamiento de nulidades es consecuencia del mismo, con la característica de que el acto, a pesar de ser nulo, ha cumplido con su finalidad; si el acto cumple su objetivo ¿por qué debe impedirse que tenga efectos? Es aquí donde la economía procesal florece y protege el mencionado acto”¹⁴.

Acto seguido, la Corte cita a Carnelutti quien, en su decir, explica el sentido del saneamiento de actos procesales nulos de la siguiente manera:

“ pese al vicio esencial, el acto haya de ser convalidado; pero la convalidación se explica por la comprobación de su inocuidad y no por la eliminación del vicio. El hecho que demuestra la inocuidad, consiste en que el acto viciado siga la conducta para cuya determinación ha sido realizado”¹⁵.

En la misma sentencia C-037 de 1998, la Corte Constitucional asumió el problema jurídico de los efectos de la declaración de nulidad frente a las pruebas practicadas, y aborda su solución ya no sólo desde el principio de la economía procesal, sino que introduce el de la primacía del derecho sustancial; dice la Corporación:

“Pasando al artículo 146 del CPC se dice que la prueba practicada dentro de una actuación declarada nula será eficaz respecto de los que tuvieron oportunidad de

14 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-037 de 1998, magistrado ponente Jorge Arango Mejía.

15 CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho procesal Civil, editorial Uteha, Buenos Aires, página 564, citado por la CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-037 de 1998, magistrado ponente Jorge Arango Mejía.

contradecirla. Esta norma respalda también el principio de economía procesal y la primacía del derecho sustancial, porque sobre la contradicción de la prueba se funda la realización del derecho; de allí que la Corte encuentre que tal situación no va en contravía de la Constitución Política”¹⁶.

16 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-037 de 1998, magistrado ponente Jorge Arango Mejía.

¿Se justifica la Acción de Repetición?

Comentarios críticos a la
Ley 678 de 2001
y propuestas de reforma

Leonardo Augusto Torres Calderón

**¿SE JUSTIFICA LA ACCIÓN DE REPETICIÓN?
COMENTARIOS CRÍTICOS A LA LEY 678 de 2001 Y PROPUESTAS DE
REFORMA**

AUTOR: Leonardo Augusto Torres Calderón
DIRECCIÓN: cisj@unab.edu.co
FECHA DE RECEPCIÓN: marzo 2008

RESUMEN: El ensayo formula críticas a la Ley 678 de 2001 que implementa la acción de repetición y establece alternativas para su reforma que busque una protección del derecho de defensa del servidor público, así como una real efectividad desde el punto de vista económico de la acción de repetición.

PALABRAS CLAVE: Ley 678 de 2001, Acción de repetición, Servidor público, Requisitos de procedibilidad, Restricción al llamamiento en garantía.

ABSTRACT: This essay exposes the author's critics to Law 678 enacted in 2001 to implement the "indemnity action", the author also proposes alternatives to reform this law in order to Project the right of defense of the public servant as well as to attain an adequate economic effectiveness of this particular action.

KEY WORDS: Law 678/2001, repetition action, government employee, proceedings requisites, restriction to the warranty call.

¿Se justifica la Acción de Repetición?

Comentarios críticos a la Ley 678 de 2001 y propuestas de reforma

Leonardo Augusto Torres Calderón*

INTRODUCCIÓN



los abogados y estudiosos del derecho nos han enseñado a considerar a la ley como si se tratara de la verdadera “*expresión de la voluntad general*”¹. Esto es, como si fuera un texto sagrado, que por haber sido aprobado por el Congreso, debe ser venerado y acatado por todos. Sin embargo, las leyes como toda obra humana, pueden contener errores, y aún, pueden ser perfectibles.

Por esta razón, el jurista y politólogo inglés, Jeremías Bentham², considera que el jurista y estudioso del derecho no debe limitarse a aprender de memoria la ley y a recitar fielmente sus artículos, sino que también debe ser un crítico de la ley, es decir, le compete analizar la ley, para establecer si la misma es eficaz en la solución de los problemas sociales, de suerte que si la ley ya no satisface las necesidades del conglomerado social, los juristas propongan al legislador las reformas a la ley que sean necesarias.

En el presente ensayo me propongo presentar algunas reflexiones críticas a la ley 678 de 2001, para formular unas propuestas de reforma que contribuyan a mejorar la eficacia y la justicia de la acción de repetición.

*Magistrado Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profesor universitario y doctor de estado de la Universidad de Aix Marsella III, Francia.

1 Juan Jacobo Rousseau en su obra “El Contrato Social”, consideraba que la ley por ser expresión de la voluntad general, era la suma manifestación de la soberanía de un Estado, y que por su naturaleza, no podía considerarse como injusta e inequitativa.

2 Este filósofo y jurista inglés de principios del siglo XIX se caracterizó por ser muy crítico de la obra de Blackstone, famoso jurista inglés que quizás fue el primero que elaboró un manual o lecciones de enseñanza del derecho inglés.

En consecuencia, en este artículo comenzaré por formular algunas críticas basadas en mi experiencia como administrador de justicia, y luego presentaré alternativas de reforma, para que estas reflexiones no se queden en el plano de la crítica, sino que también se busque una formulación propositiva.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVIDAD DE LA LEY DE REPETICIÓN

1 EN CUANTO A SU NATURALEZA: A PESAR DE QUE LA LEY LA CALIFICA COMO UNA ACCIÓN CIVIL, EN REALIDAD ES UNA ACCIÓN DE DERECHO PÚBLICO.

El artículo segundo de la ley 678 de 2001 establece que la acción de repetición es de naturaleza civil. Sin embargo, si se analiza más detenidamente la naturaleza de la acción de repetición, se puede deducir que no es una acción civil, sino una acción regida en un todo por el derecho público, por las siguientes razones:

- a. Las acciones civiles son por naturaleza voluntarias, y de contenido patrimonial, pues ningún particular está obligado a demandar en defensa de sus intereses patrimoniales, y aún puede renunciar a estos derechos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15 y 16 del Código Civil³. Por el contrario, la acción de repetición es obligatoria, de conformidad con lo señalado en el artículo 4 de la ley 678 de 2001, y debe ser entablada por el Representante Legal de la entidad pública condenada a pagar una suma de dinero mediante una sentencia judicial o en una conciliación. Si el Representante de la entidad perjudicada no lo hiciere en un término de 6 meses, incurrirá en falta disciplinaria, causal de destitución⁴, y en tal caso, podrá ser interpuesta por el Ministerio Público o por la Dirección de Defensa Judicial de la Nación del Ministerio del Interior y del Derecho. Para exonerarse de la obligatoriedad de su formulación, el representante legal de la entidad pública deberá obtener concepto del Comité de Conciliación de la entidad, en el cual se expresen las razones por las

3 El artículo 15 del C.C., dispone: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”.

El artículo 16 del C.C., establece: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.

4 El párrafo segundo del artículo 8 de la ley 678 de 2001, dispone: “Si el Representante Legal de la entidad directamente perjudicada con el pago de la suma de dinero a que se refiere este artículo no iniciare la acción en el término estipulado, estará en curso de causal de destitución”.

cuales el Comité consideró que no existe dolo o culpa grave de algún funcionario en los hechos que motivaron la condena o la conciliación⁵.

- b. Las acciones civiles ordinarias son por regla general desistibles⁶, mientras que la acción de repetición no es desistible⁷.

2. EL ACTA DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD, RESTRINGE INDEBIDAMENTE LA OBLIGATORIEDAD DE LA ACCIÓN.

Para que proceda la acción de repetición es necesario que se reúnan los siguientes requisitos:

- a. Que exista una sentencia o conciliación proferida en un proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado⁸, (artículo 7 de la ley 678 de 2001).
- b. Que la sentencia o la conciliación haya sido integralmente pagada por la entidad pública, puesto que la caducidad de la acción se cuenta a partir de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública (artículo 11 de la ley 678 de 2001).
- c. Que por acta del Comité de Conciliación de la entidad pública, se haya conceptuado la procedencia de la acción expresando las razones por las cuales el Comité considera que existe dolo o culpa grave de algún funcionario, o del contratista o de un interventor o de un particular que ejerza funciones públicas (parágrafo primero del artículo 2 de la ley 678 de 2001).

5 El inciso segundo del artículo 4 de la ley 678 de 2001, dispone: “El Comité de Conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el Representante Legal en aquellas que no lo tengan constituido, deberá adoptar la decisión respecto de la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta”.

6 El artículo 342 del CPC, establece: “El demandante podrá desistir de la demanda mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso...”.

“El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada...”.

7 El artículo 9 de la ley 678 de 2001, establece: “Ninguna de las entidades legitimadas para interponer la acción de repetición podrá desistir de ésta”.

8 No puede tratarse en consecuencia de una conciliación o sentencia proferida en un proceso que no sea un proceso ordinario de responsabilidad civil (como por ejemplo, en un proceso ejecutivo, en un proceso de restitución, en un proceso disciplinario, en un proceso de responsabilidad fiscal, en un proceso de pérdida de investidura, etc.). Debe en consecuencia tratarse de un proceso ordinario de responsabilidad, como podría ser un proceso ordinario laboral o civil, una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, una acción de reparación directa, una acción contractual, puesto que en estos procesos el juez se pronuncia sobre la responsabilidad del demandado.

El hecho que el acta del Comité de Conciliación de la entidad pública condenada constituya un requisito de procedibilidad, hace que necesariamente la decisión del Comité no sea muy objetiva, por cuanto el Comité está conformado integralmente por funcionarios del nivel directivo, designados por el Jefe de la entidad pública⁹. La conformación misma del Comité puede conducir a las siguientes situaciones inequitativas:

- a. No será frecuente que el Comité conceptúe por la procedibilidad de la acción de repetición contra funcionarios de alto rango de la entidad, y menos contra el Jefe de la entidad, pues al estar integrado por funcionarios directivos, estos tendrán vínculos de dependencia o de amistad con el Jefe de la entidad o con otros funcionarios de alto nivel.
- b. El Comité tendrá tendencia para conceptuar por la procedibilidad de la acción de repetición contra ex-jefes de la entidad, o contra ex-funcionarios de la misma, sobre todo cuando se han presentado cambios de naturaleza política en la dirección de la entidad.
- c. El Comité tendrá tendencia a conceptuar favorablemente sobre la procedibilidad de la acción de repetición contra funcionarios operativos y de bajo rango, tales como soldados rasos, agentes de policía, celadores, operarios, secretarios, auxiliares administrativos, etc., y en general, todos aquellos que ostenten la calidad de subalternos.

3 ES INJUSTO QUE LA PRETENSIÓN SEA IGUAL AL MONTO DE LA CONDENA Y NO SE TENGA EN CUENTA EL GRADO DE PARTICIPACIÓN DEL AGENTE EN LA CONDENA.

El párrafo del artículo 11 de la ley 678 de 2001¹⁰, estableció que el monto de la cuantía de la pretensión de la demanda de repetición estaría determinado por el valor total de la condena que pagó la entidad, más el

9 Del artículo 75 de la ley 446 de 1998, introdujo un nuevo artículo, el 65B a la ley 23 de 1991, estableciendo que los Comités de Conciliación serán obligatorios en las entidades Nacionales, Departamentales y Distritales, y en sus entes descentralizados, y en las entidades Municipales que sean capital de Departamento, y estarán conformados por funcionarios del personal directivo. El artículo tercero del Decreto 1214 del 29 de junio de 2000, estableció que los Comités estarían integrados por los siguientes miembros permanentes: El jefe de la entidad o su delegado, el ordenador del gasto o quien haga sus veces, el jefe de la oficina jurídica o la dependencia que defienda los intereses litigiosos de la entidad, y dos funcionarios de dirección o confianza que designe el jefe de la entidad, de conformidad con la estructura orgánica de cada ente.

10 Declarado exequible por la H. Corte Constitucional (sentencia C-394 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis)

valor de las costas y agencias en derecho, si fueron ordenadas en la respectiva sentencia.

Esta disposición de la ley es injusta, porque en muchos casos la conducta dolosa o culposa del agente no fue la causa exclusiva de la condena, así por ejemplo, pueden darse las siguientes situaciones:

- a. En un hecho dañoso pueden participar dos o tres servidores públicos, y si en una misma sentencia se condenó al Estado al pago de una indemnización por el actuar doloso o gravemente culposo de dos o más de sus funcionarios, no es lógico que la pretensión de repetición contra cada uno de ellos sea por el monto total de la condena; en este caso, debía la pretensión dividirse según el número de funcionarios en el hecho que originó la condena.
- b. En las acciones contractuales, por regla general, la condena en contra de las entidades estatales es por mora en el pago de las obligaciones adquiridas por la entidad estatal. En consecuencia, en estos casos la pretensión de repetición debería limitarse a los intereses de mora pagados por la entidad pública contratante, y no al monto del capital y actualización, pues el capital y su actualización tenía como causa el incumplimiento contractual, y no la culpa del funcionario en obtener la disponibilidad presupuestal para que se hubiera hecho oportunamente el pago de la obligación contractual.
- c. En muchos casos, la condena contra la entidad estatal se debe en gran parte a la falta de una adecuada defensa dentro del proceso de responsabilidad, pues algunas de las entidades estatales se defienden muy mal, dejan de contestar la demanda, no aportan pruebas en su defensa, y no hacen uso de los recursos correspondientes. En estos casos, en que hubo falta de defensa técnica en el proceso de responsabilidad patrimonial, no es justo que se proceda en repetición por el total de la condena contra el funcionario que por su dolo o culpa grave dio origen a la misma.

4. ES INJUSTO QUE LA CONDENA PROFERIDA EN SENTENCIA DE REPETICIÓN SEA IGUAL AL MONTO DE LA CONDENA PAGADA POR EL ESTADO SIN TENER EN CUENTA LAS CONDICIONES PERSONALES DEL AGENTE DEL ESTADO Y LA POSIBILIDAD REAL DE QUE LA CONDENA SEA EFECTIVAMENTE PAGADA

El artículo 14 de la ley 678 de 2001, en su redacción inicial, permitía la cuantificación de la condena de conformidad con el grado de participación

del agente en la producción del daño, y atendiendo a sus condiciones personales.

La H. Corte Constitucional, en sentencia del C-484 de 2002, analizó la constitucionalidad del artículo 14 de la ley 678 de 2001, y consideró que la frase “a sus condiciones personales” era inexecutable, considerando que el artículo 90 de la Constitución ordenaba repetir por todo el monto de la condena. Sin desconocer las respetables motivaciones que haya tenido la H. Corte Constitucional para proferir la decisión de inexecutable de la frase en comento, lo cierto es que el hecho que la condena sea por el todo de lo pagado por la entidad pública, en la mayoría de los casos hace imposible el pago efectivo de la condena de repetición, pues la gran mayoría de los servidores públicos condenados en repetición, son personas de muy bajos ingresos, o patrimonio, que están en la imposibilidad absoluta de pagar las exorbitantes condenas en repetición proferidas en su contra.

A este respecto, valdría la pena que se hiciera una reforma constitucional limitando el monto de la condena impuesta en repetición, a un monto efectivamente pagable por el servidor público, tal como lo consagra la ley Italiana 117 de 1988¹¹, que limita el monto de la condena impuesta en repetición, a una tercera parte del sueldo neto recibido por el funcionario en un año.

El hecho de que el monto de las condenas en acción de repetición sea tan elevado, y que en la práctica las torna impagables, cuando la condena recae en un servidor público de escasos recursos, excluye de por vida a estos servidores públicos, puesto que de conformidad con el artículo 122 de la Constitución Política, que fue reformado por el artículo primero del Referendo del año 2003, los servidores públicos condenados en acción de repetición no pueden inscribirse como candidatos de elección popular, ni ser designados como servidores públicos, ni celebrar contratos con el Estado, hasta tanto no paguen el valor de la condena.

5. LAS PRESUNCIONES DE DOLO Y CULPA GRAVE ESTABLECIDAS EN LA LEY DE REPETICIÓN, SON VIOLATORIAS DEL DEBIDO PROCESO Y DEL DERECHO DE DEFENSA, POR SER LA REPETICIÓN PARTE DEL DERECHO SANCIONATORIO.

Los artículos quinto y sexto de la ley 678 de 2001, establecieron, respectivamente, cinco causales de presunción de dolo y cuatro de

¹¹ Citado en la conferencia dictada por el Exconsejero de Estado, doctor Ricardo Hoyos Duque, titulada “Algunas Reflexiones sobre la Acción de Repetición”, con motivo del Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la ciudad de Cúcuta, en el año 2002.

presunción de culpa grave. Estas normas fueron en su totalidad declaradas exequibles en varias sentencias de la H. Corte Constitucional¹².

Aun cuando respetamos las valiosas motivaciones que haya tenido la H. Corte Constitucional para considerar que las mencionadas presunciones de dolo y culpa grave no eran violatorias de la Constitución, lo cierto es que si en la sentencia de responsabilidad patrimonial que dio origen a la condena del Estado, el Órgano Jurisdiccional Contencioso Administrativo expresamente consideró en su parte motiva, que el acto administrativo anulado en la sentencia fue expedido con falsa motivación, o desviación de poder, o con base en hechos o normas inexistentes, el funcionario que expidió el acto administrativo anulado, muy probablemente será condenado en el proceso de repetición posterior, aún cuando en el proceso de responsabilidad que dio origen a la condena no haya sido parte, y aún cuando para la época en que se le adelante el proceso de repetición, la gran mayoría de la prueba documental y testimonial que le haya favorecido, ya sea muy difícil de recaudar.

Esto es aún más cierto, si se tiene en cuenta que la gran mayoría de los procesos de repetición se adelantan contra funcionarios de muy bajos ingresos, cuya dirección desconoce la entidad pública demandante, y que van a ser “defendidos” por Curadores *Ad-Litem*, que en la gran mayoría de los casos se limitan a contestar a los hechos de la demanda, afirmando “no me consta, que se pruebe”, y proponiendo como excepción la “genérica o innominada”. Casi nunca, estos Curadores *Ad-Litem*, solicitan la práctica de pruebas, y nunca solicitan que se interrogue a los testigos que dieron lugar a establecer la desviación de poder en el proceso de responsabilidad en que fue condenada la entidad pública.

Pese a la existencia de unas presunciones legales de dolo y culpa en la ley de repetición, necesariamente los Tribunales Administrativos y el H. Consejo de Estado, no pueden considerar que las condenas en repetición sean automáticas, y que exista una responsabilidad objetiva del funcionario demandado, pues en nuestro derecho está proscrita la responsabilidad objetiva, en aplicación del artículo 29 de la Constitución. Por esta razón, el juez de la acción de repetición debe tener en cuenta que se trata de un nuevo proceso, que implica todo un debate probatorio sobre la existencia de una conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario demandado en el ejercicio de sus funciones, y que el dolo o la culpa grave del demandado es

12 Ver sentencias C-778-03 del 9 de septiembre de 2003, C-484-02 del 25 de junio de 2002, C-455-02 del 12 de junio de 2002, C-423-02 del 28 de mayo de 2002 y C-374-02 del 14 de mayo de 2002.

una carga procesal que le compete demostrar a la entidad demandante, tomando en cuenta las actuaciones que efectivamente haya realizado el funcionario demandado y las funciones que efectivamente ejercía en el momento de los hechos. En consecuencia, el operador de justicia en acción de repetición no puede convertirse en un mero agente pasivo, que se limite a repetir lo que ya han expresado el Tribunal o el H. Consejo de Estado en la sentencia de condena contra la entidad pública, sin evaluar la conducta del funcionario y su real participación en los hechos.

Sobre este particular, el profesor Luis Eduardo Montoya Medina, considera que al establecer las presunciones de culpa y dolo, el legislador desbordó sus atribuciones constitucionales, y desconoció principios como la presunción de inocencia y el debido proceso, por cuanto la acción de repetición pertenece al campo del derecho sancionatorio, y en consecuencia, frente a ella también se aplican los principios constitucionales antes mencionados, que rigen el derecho penal y el derecho disciplinario¹³.

6. INEXISTENCIA DE PERENCIÓN QUE SANCIONE LA NEGLIGENCIA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS DEMANDANTES EN EL CUMPLIMIENTO DE SUS CARGAS PROCESALES.

El inciso 4 del artículo 148 del C.C.A., establece un privilegio para las entidades públicas demandantes, consistente en que no es posible decretar la perención de un proceso iniciado por una entidad pública.

El trámite de todo proceso ordinario contencioso, implica para el actor el deber de asumir unas cargas procesales, tales como el pago de los gastos del proceso, gastos de notificación, y asumir el costo de la práctica de las pruebas.

En la actualidad, en un número muy significativo de acciones de repetición, luego de presentar la demanda la entidad pública demandante no asume ninguna de sus cargas procesales, no se pagan los gastos del proceso, los costos de notificación, y estas expensas a veces son considerables, porque en número importante de casos, es necesario vincular al proceso al servidor público demandado, por intermedio de un Curador *Ad-Litem* que lo represente, Curador que tiene derecho a unos gastos y honorarios profesionales por su actuación.

13 Ver al respecto el artículo publicado en la revista de la Universidad Nacional, titulado la “presunción de dolo y culpa grave en la acción de repetición contra el servidor público: Un desborde del legislador”.

Puesto que el Juez Administrativo no está autorizado para dar por terminado el proceso por perención, estas acciones de repetición, en las cuales la entidad pública no asume sus cargas procesales, y únicamente presenta la demanda con el único fin de evitar una sanción disciplinaria, por no interponerla dentro del tiempo, están congestionando la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no tiene instrumentos reales para compeler a los Jefes de las entidades públicas demandantes a que asignen recursos a sus abogados para que puedan cumplir con sus cargas procesales.

7. NO SE JUSTIFICAN LAS RESTRICCIONES AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

El párrafo del artículo 19 de la ley 678 de 2001, previó la posibilidad del llamamiento en garantía del servidor público que haya actuado con dolo o culpa grave por parte de la entidad pública demandada, o del Ministerio Público. Desafortunadamente, el párrafo de dicho artículo prohibió el llamamiento al agente del Estado, si en la contestación de la demanda, la entidad pública propuso las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor. Estas limitaciones fueron declaradas exequibles por la H. Corte Constitucional¹⁴.

Los condicionamientos al llamamiento en garantía, establecidos en el párrafo en comento, son muy inconvenientes, por cuanto en un hecho dañoso pueden intervenir varias causas eficientes. Así, por ejemplo, puede darse una concurrencia entre un caso fortuito y una culpa del agente, cuando en un accidente de tránsito, el vehículo oficial causa el accidente por exceso de velocidad del conductor, por avería o mal funcionamiento del sistema de frenos. A veces también puede haber concurrencia entre el hecho de un tercero y la culpa o dolo del agente.

Estas restricciones al llamamiento en garantía, son en todo injustificadas, y limitan indebidamente el derecho de defensa de las entidades públicas, pues de existir interés en llamar en repetición a un servidor público, podrían darse instrucciones al apoderado de la entidad pública demandada para que no invoque los mencionados eximentes de responsabilidad, que restringen el llamamiento en garantía, con lo que se limitaría en grado sumo la defensa de la entidad.

A nuestro entender, no deben existir ningunas limitaciones al llamamiento en garantía, pues los abogados de las entidades públicas están en el deber de

14 Ver sentencia C-965-03 del 21 de octubre de 2003. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

proponer todas las defensas posibles de la entidad, lo que incluye un llamamiento en garantía incondicionado del servidor público, causante del perjuicio.

8. NO SÓLO LOS TRIBUNALES DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SON IDÓNEOS PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR REPETICIÓN CONTRA EL SERVIDOR PÚBLICO

La ley de repetición, en materia de jurisdicción y competencia, establece tres principios:

- La acción es de competencia exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 7 de la ley 678 de 2001);
- El juez competente para conocerla es el mismo juez donde se haya tramitado el proceso de responsabilidad del Estado (artículo 7 de la ley 678 de 2001), de conformidad con las reglas de competencia del C.C.A;
- El procedimiento de la acción es el procedimiento ordinario previsto para las acciones de reparación directa (artículo 10 de la ley 678 de 2001);
- La ejecución de la condena la podrá adelantar la jurisdicción que conoció el proceso de repetición, de conformidad con las normas del ejecutivo ordinario del Código de Procedimiento Civil (artículo 15 de la ley 678 de 2001).

De las normas precitadas se desprende que la finalidad de la ley fue establecer como criterio de distribución de competencias funcionales, que el mismo juez que conoció del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, sea el mismo juez que conoce de la acción de repetición, y que este mismo juez sea el que conozca de la sentencia de ejecución. Estas reglas de atribución de competencias, merecen las siguientes críticas:

- a. El juez de la acción de repetición, al ser el mismo que dictó la sentencia de condena, necesariamente no actúa en forma imparcial en el proceso de repetición, pues ya tiene formado su criterio con base en el proceso de responsabilidad contra la entidad estatal, y por esta razón, si en el proceso de responsabilidad se dijo que hubo una desviación de poder o una violación de la ley, va a tener la tendencia a condenar al funcionario demandado en repetición.
- b. La atribución de competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no se justifica, pues el objeto de la repetición es juzgar

la conducta del funcionario, para determinar si es dolosa o gravemente culposa, actividad de juzgamiento que tradicionalmente vienen ejerciendo los jueces civiles en los procesos ordinarios de responsabilidad civil extracontractual.

- c. El hecho que se considere que la acción de repetición se tramita por el procedimiento ordinario de reparación directa, ha contribuido a la congestión de las Secciones Terceras del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el H. Consejo de Estado, aún cuando la mayor parte de las repeticiones versan sobre condenas contra entidades estatales en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, asuntos que es del ámbito de competencia funcional de las Secciones Segundas de las mencionadas Corporaciones Judiciales.
- d. El hecho que sea el mismo Tribunal que aprobó la conciliación judicial, quien conozca a vez de la acción de repetición, puede incitar o estimular al funcionario judicial a improbar las conciliaciones, para evitar que posteriormente se le aumente su carga de trabajo.
- e. En providencia del 11 de diciembre de 2007 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Mauricio Torres Cuervo, radicación número 2007-00433, demandante E.S.E. Hospital La Estrella, al dirimir un conflicto negativo de competencias, entre el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y el Juzgado 12 Administrativo del Circuito de Medellín, se consideró que el artículo 7 de la Ley 678 de 2001, derogó en forma tácita los artículos 132 (numeral 10) y 134 b (numeral 8) del C.C.A., en lo referente a la competencia en razón de la cuantía, por lo que debe conocer de la acción de repetición el juez o tribunal que haya tramitado el proceso donde se dictó la sentencia condenatoria, o que haya aprobado el acuerdo conciliatorio, sin tener en cuenta la cuantía de las pretensiones. En consecuencia, solo tendrán aplicación las cuantías señaladas en los artículos 132 (numeral 10) y 134 b (numeral 8) del C.C.A., cuando se trate de procesos de responsabilidad que hubieren sido adelantados ante la jurisdicción ordinaria, caso en el cual conocerá, según la cuantía, el juez (si ésta es igual o inferior a 500 SMMLV) o el tribunal (si ésta es superior a 500 SMMLV) de la jurisdicción contencioso administrativa que sea competente en el lugar donde se haya tramitado el proceso de responsabilidad en que haya sido condenada una entidad estatal.

9. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN ES ONEROSA E INEFICAZ

Tal y como se explicó en los puntos 4 y 5, un número significativo de demandas en acción de repetición no se tramitan en realidad y no pueden llevarse a feliz término, por incumplimiento de las cargas procesales a cargo de la entidad pública demandante, y por no existir ninguna sanción efectiva contra la negligencia de los Jefes de las entidades públicas que no asignan recursos a sus apoderados para atender las demandas presentadas. Además, la gran mayoría de las acciones de repetición, se fallan denegando las pretensiones de la demanda por falta de actividad probatoria por parte de los apoderados de las entidades públicas demandantes.

Por las anteriores razones, son muy pocas las acciones de repetición que se fallan en contra de los servidores públicos demandados, y lo que es peor, en la casi totalidad de los casos, la condena se vuelve totalmente simbólica, por imposibilidad absoluta de pago del servidor público sancionado. En muy pocos casos, la condena se produce en contra de un exjefe de una entidad pública, pues cuando la acción se adelanta contra un exservidor público de alto rango, este contrata muy buenos abogados, y se defiende muy bien, por lo que en muy pocos casos se profieren condenas contra exfuncionarios o servidores públicos que tengan capacidad económica para el pago de las mismas. Bastaría comparar el monto anual de las condenas en acción de repetición, efectivamente pagadas por los servidores públicos condenados, con los gastos administrativos que tienen que asumir las entidades públicas demandantes y la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el trámite de las mismas, para concluir que la acción de repetición, desde el punto de vista de objetivo de recuperación del patrimonio público, es totalmente ineficiente.

SOLUCIONES A LA PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

A continuación, formularemos algunas posibles soluciones a las críticas reseñadas a la ley de acción de repetición, con miras a plantear reformas legislativas de la misma, con el fin de lograr dos objetivos:

- a. La protección del derecho de defensa del servidor público demandado.
- b. La real efectividad, desde el punto de vista económico de la acción de repetición.

1. OBLIGATORIEDAD DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

En los casos en que se advierta que algún funcionario de la administración, con su actuar negligente ha incurrido en dolo o culpa grave, la figura del llamamiento en garantía debe operar en forma obligatoria dentro del mismo proceso de responsabilidad, donde la entidad pública actúa en calidad de demandada. El llamamiento en garantía, debe ser una carga obligatoria del agente del Ministerio Público, quien al notificarse de la demanda de responsabilidad contra la entidad pública, debe evaluar si en ese proceso, existen graves indicios de culpa o dolo de algún servidor público.

Para que sea efectivo el llamamiento en garantía, el agente del Ministerio Público debe contar con los recursos suficientes para asumir los gastos de notificar al llamado en garantía, y asumir los costos de las pruebas que implique demostrar el dolo o la culpa grave del funcionario. Para esta finalidad, sería necesario que se estableciera una tasa obligatoria correspondiente a un porcentaje del valor de las nóminas y de los contratos de prestación de servicios de las entidades públicas, con destinación específica a la Dirección de Defensa Judicial del Estado, adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia.

Esta Dirección tendría la naturaleza jurídica de Unidad Administrativa Especial, para que contara con la autonomía presupuestal y financiera para asumir los costos de los honorarios de abogado y de las cargas procesales y probatorias que implique el llamamiento en garantía y las acciones de reparación, sin tener que recurrir a asignaciones presupuestales de las entidades públicas demandadas, y sin pasar por el “filtro” del Comité de Conciliación Prejudicial, el cual por su conformación, no garantiza la suficiente imparcialidad en la decisión de iniciar la acción de repetición.

Para el servidor público demandado en repetición, el llamamiento en garantía ofrece mayor posibilidad de defensa que la acción de repetición posterior, por cuanto por ser hechos relativamente recientes, y en muchos casos, por estar todavía vinculado a la entidad, le es más factible recaudar las pruebas, y en especial solicitar los testimonios para su defensa.

2. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN COMO PROCESO AUTÓNOMO, SÓLO PROCEDERÍA EN CASOS DE CONCILIACIONES PREJUDICIALES, Y COMPETERÍA PRESENTAR LA DEMANDA A LA DIRECCIÓN DE DEFENSA JUDICIAL DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, A SOLICITUD DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Puesto que los agentes del Ministerio Público intervienen en las conciliaciones prejudiciales administrativas, podría pensarse que este funcionario dictara un concepto obligatorio sobre los hechos objeto de la conciliación, y que en caso que se dictaminara que presumiblemente hubo dolo o culpa grave en los hechos objeto de la conciliación, se solicitara a la Dirección de Defensa del Estado, adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia, que formulara la respectiva demanda de repetición.

3. EL ESTABLECIMIENTO DE GARANTÍAS DE SEGUROS OBLIGATORIAS PARA TODOS LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y EN ESPECIAL PARA LOS ORDENADORES DEL GASTO Y LOS NOMINADORES

En la actualidad, únicamente se exige póliza de manejo a los tesoreros y al personal que maneja fondos públicos, pero no se exige una póliza de manejo para los ordenadores del gasto, y en especial, para las autoridades nominadoras. En caso de existir una póliza obligatoria de responsabilidad civil para todos los servidores públicos y contratistas, y en especial, para los ordenadores del gasto y nominadores, pólizas que deberían permanecer vigentes durante el tiempo de ejercicio de sus funciones, y por lo menos cinco años más, se tendría siempre la posibilidad efectiva de cobrar las condenas en repetición, pues el llamamiento en garantía se haría contra el servidor público y la compañía de seguros que lo ampara.

El solo hecho que un servidor público requiriera una póliza de responsabilidad para posesionarse en cualquier cargo público, sería un factor moralizador del Estado, pues un funcionario que registrara varias sentencias en contra, en acción de repetición, ya sería considerado por las compañías de seguros, como un “funcionario de alto riesgo” y probablemente no habría ninguna aseguradora expediera la póliza necesaria para tomar posesión de un nuevo cargo público.

4. AMPLIACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En el artículo 23 de la ley 678 de 2001, se previó la posibilidad de que con la demanda de repetición o el llamamiento en garantía se solicite medidas cautelares de embargo de bienes sujetos a registro, las cuales serán ordenadas por la autoridad judicial competente. La norma en comento es totalmente insuficiente, pues hoy en día la riqueza mobiliaria, representada en bienes muebles no sujetos a registro, es mucho más importante que el patrimonio inmobiliario de una persona. En concreto, consideramos conveniente que se permita el embargo y secuestro de salarios, honorarios, acciones, bonos, utilidades, y demás fuentes de ingreso, de conformidad con las normas y limitaciones previstas en el Código de Procedimiento Civil, para garantizar la efectividad de las condenas en repetición.

5. ESTABLECIMIENTO DE UN MONTO MÁXIMO DE CONDENA EQUIVALENTE A LA TERCERA PARTE DEL INGRESO ANUAL DEL SERVIDOR PÚBLICO Y LA LIMITACIÓN DEL MONTO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA O DE LA ACCIÓN A LA PARTE DE LA CONDENA EN CONTRA DEL ESTADO QUE EFECTIVAMENTE SEA RESPONSABILIDAD DE LA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA DEL SERVIDOR PÚBLICO LLAMADO EN GARANTÍA

Como ya se mencionó en este artículo, las condenas excesivas en acción de repetición contra exservidores públicos de bajos recursos, en la práctica han excluido de por vida a algunos servidores que no merecen sufrir una condena de exclusión irredimible. Así, por ejemplo, muchas veces la condena de responsabilidad en contra del Estado es producto de un accidente de tránsito culposo, o de una manipulación culposa de un arma de fuego, por un agente de policía o un soldado raso, que por esta desafortunada impericia, que le puede suceder a cualquier persona, no merece ser excluido de por vida de la posibilidad de ocupar cargos del Estado o de celebrar contratos con el mismo, más si se tiene en cuenta que en Colombia, el Estado es el mayor empleador, y una de las mayores fuentes de ingreso y de trabajo para los ciudadanos.

6. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA Y EL CONOCIMIENTO DE LAS ACCIONES DE REPETICIÓN SE ASIGNARÍA DE CONFORMIDAD CON LAS NORMAS GENERALES DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE ACUERDO A LA MATERIA

Como se explicó en el punto 7 del análisis crítico de la ley de repetición, no se justifica que el llamamiento en garantía, la acción de repetición, y la posterior ejecución de la sentencia sean, en principio, de competencia exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y menos sean atribución de las Secciones Terceras del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado. Como se analizó en ese aparte, el llamamiento en garantía debe ser posible ante cualquier juez que adelante una acción de responsabilidad en contra del Estado, y la acción de repetición, independiente en caso de conciliaciones prejudiciales, debe someterse a las normas de reparto y de jurisdicción y competencia, de conformidad con la especialidad de la materia.

Bogotá D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil cinco (2005).

El régimen de transición pensional en la seguridad social

Jorge Eduardo Lamo Gómez

EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL EN LA SEGURIDAD SOCIAL

AUTOR: Jorge Eduardo Lamo Gómez

DIRECCIÓN: jlamo@unab.edu.co

FECHA DE RECEPCIÓN: abril 2008

RESUMEN: Describe y conceptualiza los diferentes aspectos que regula la transición del sistema de Seguro Social de Pensiones incorporados por la Ley 100 de 1993, y demás leyes, decretos reglamentarios y sentencias de la Corte Constitucional, que establecen el régimen de transición con una expectativa legítima que determina una especial protección.

PALABRAS CLAVE: Régimen de transición, Ley 100 de 1993, Ley 860 de 2003, Mecanismos de protección, Expectativa legítima.

ABSTRACT: This paper describes and conceptualizes the different aspects that regulate the transition between the Social Security System for retirement pensions incorporated by Law 100 of 1993 and its complimentary laws, regulatory decrees and Constitutional Court rulings that establish a transition regime with a legitimate expectation that determines a special protection.

KEY WORDS: Transition regime, protection, mechanisms, lawful expectative.

El régimen de transición pensional en la Seguridad social

Jorge Eduardo Lamo Gómez

I Concepto general :

El establecimiento de regímenes de transición ha sido una constante en la seguridad social, algunas veces creado como una circunstancia de defensa del sistema en sí, con referencia clara de su viabilidad financiera, y en otros casos, como una razón para evitar la desprotección de los trabajadores.

En efecto, se puede citar como casos en que esta situación se ha dado, los acuerdos del ISS en los eventos de empresas que estaban obligadas a reconocer el derecho, y la entrada en vigencia de la asunción de la contingencia por la seguridad social, o en el caso del sector oficial, de acuerdo con el art. 1º de la Ley 33 de 1985, o incluso en otros aspectos del régimen actual, como es el caso de las actividades peligrosas.

La Ley 100 de 1993, incorporó en su artículo 36 la transición respecto del nuevo sistema de seguridad social en pensiones, que originalmente señalaba :

“ ...La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) años de edad, si son mujeres o cuarenta (40) años o más de edad si son hombres, o quince (15) años o más de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afilados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”

Excluyó de esta posibilidad a quienes se acogieren al régimen de ahorro individual, lo cual se explica por cuanto las bases o fundamentos económicos de este régimen son diferentes del de prima media o sistema de reparto. Esta situación fue ratificada por el D.R. 813 de 1994.

Ante la avalancha de afiliadores y promotores de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, que fue una de las características de los comienzos del nuevo régimen de seguridad social, muchos trabajadores, para quienes el paso al régimen de ahorro individual les resultaba negativo, se pasaron al nuevo sistema, con lo cual sus expectativas a una pensión medianamente decente se truncaron.

Por ello el Estado se vio en la necesidad de establecer unas normas que permitieran al cotizante volver al antiguo régimen de reparto, todo ello de acuerdo con las disposiciones del Decreto 3800 del año 2003, que señaló en su artículo 2°:

“En el evento de que una persona que a 1° de abril de 1994 tenía 15 o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, que hubiere seleccionado el régimen de ahorro individual con solidaridad, decida trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, le será aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual podrá pensionarse de acuerdo con el régimen anterior al que estuviere afiliada a dicha fecha, cuando reúna las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de vejez...”

La norma en cita adiciona como condicionamientos para que opere el nuevo traslado, que se transfiera al régimen de prima media el saldo que el afiliado tenía en la cuenta de ahorro individual (que excluye el valor del bono pensional), y que este saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez “correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último”, agregando que: “El tiempo cotizado en el régimen de ahorro individual le será computado al régimen de prima media con prestación definida”.

De esta manera el Estado corrigió la injusticia que se presentaba para quienes tendrían derecho a pensión por el sistema de transición, pero que es propósito que también se ha visto cegado por las directrices internas del ISS , para el efecto las contenidas en el memorando 3475 de 13 de junio de 2003, que buscan entorpecer el proceso de reconocimiento de pensiones.

A instancias del ejecutivo, el Congreso pretendió modificar el régimen de transición, y fue así como el artículo 4º de la Ley 860 de 2003, eliminaba el derecho a que el monto de la pensión fuese liquidado conforme a las normas anteriores, lo cual llevó a la Corte Constitucional a establecer una doctrina novedosa, pero que ya recogía elementos de juicio de sentencias anteriores, que entrañan la defensa del ciudadano frente al poder del Estado, y el entendimiento de que este es relativo. Esta doctrina se ha denominado de la defensa de las legítimas expectativas, en la cual se hace una clara distinción entre estas y las simples expectativas y las posibilidades de reforma por parte del Congreso.

Existe una circunstancia dentro del concepto que para efectos del goce del régimen de transición introdujo el artículo 36 en cita:

Como uno de los requisitos alternativos que determinan el derecho a la transición está el de “*quince (15) años de servicios cotizados*”.

Esta expresión puede resultar equívoca con referencia a sistemas anteriores que no exigían el requisito de densidad de cotizaciones (como sucede, por ejemplo, con el del Código Sustantivo del Trabajo o el de la Ley 33 de 1985), pero la exclusión que de la expresión podría resultar, aparece clarificada plenamente en el artículo 2º del Decreto Reglamentario 813 de 1994, que alude de manera precisa a las posibilidades de “*haber cotizado o prestado servicios*”.

ii. Régimen de Transición como una expectativa legítima que determina una especial protección:

El Gobierno, ante las angustias del déficit para pensiones y mantener la sostenibilidad financiera del sistema, en varias oportunidades ha llevado a la consideración del Congreso proyectos de ley reformativos de la transición.

El Congreso ha producido dos leyes sobre esta materia, que la Corte Constitucional ha declarado inexecutable por violar las LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS, concepto nuevo en el derecho colombiano, cuyas explicaciones sustanciales, siguiendo la decisión de la Alta Corporación, se resume en lo fundamental así:

“La creación de un régimen de transición constituye un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse en el momento del tránsito legislativo.

En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado de manera general sobre el significado y el alcance de la protección constitucional a los derechos adquiridos y sobre las diferencias con la protección que reciben las expectativas legítimas. Así mismo, se ha referido a las diferencias entre estas dos instituciones jurídicas, en relación con la aplicación de los regímenes de pensiones a personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplían los requisitos para acceder a la pensión.

Recogiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.

Con todo, la Corte también ha sostenido que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual le permite al legislador dar prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho (Sentencia C-613/96 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.J. N.º 9)

Y en otra decisión acerca del mismo tema, hace una diferenciación sobre derechos adquiridos y legítimas expectativas, así:

En relación con la diferencia entre derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas y expectativas legítimas o expectativas de derecho, la Corte ha dicho: “Dicho principio está íntimamente ligado a los derechos adquiridos, que son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley y, por lo mismo, han instituido a favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser

respetado. De ahí que sea válido afirmar que una ley posterior no puede afectar lo que de manera legítima se ha obtenido bajo la vigencia de una ley anterior. Los derechos adquiridos se diferencian de las meras expectativas, que son aquellas esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el legislador según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones” (Sentencia C-926 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

De igual manera señala la diferencia entre expectativa legítima y simples expectativas u su proyección jurídica en los siguientes términos :

La Corte en dicha sentencia (La C-147 de 1997) continúa su análisis diferenciándolas por otra parte de las meras expectativas que reciben una protección más precaria, aclarando el objeto y alcance de la protección constitucional a estas expectativas, diciendo que: “La ley nueva sí puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido o se originaron bajo la vigencia de una ley, no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva”. Así mismo, aclaró que “las expectativas pueden ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas o de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social”.

Al concretar el tema con referencia a pensiones , la diferenciación entre derecho adquirido y meras expectativas se traduce en el siguiente concepto:

...(La Corte en la sentencia C-596 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) se refirió específicamente a la diferencia entre derechos adquiridos y expectativas de derechos en materia de pensiones. Sostuvo que puede afirmarse que se ha adquirido un derecho cuando se cumplen las condiciones consagradas en la ley para acceder a el. De lo contrario se trata de meras expectativas. Así, cuando las personas no han cumplido los requisitos para acceder a la pensión antes del tránsito legislativo, lo que dichas personas tienen son simples expectativas legítimas o expectativas de derechos , las cuales no son objeto de la protección consagrada en el artículo 58 de la Carta.

En el aparte respectivo la Corte dijo:

“Justamente por cuanto los derechos a la seguridad social no se tienen por el simple hecho de ser la persona humana, así como sucede con los derechos fundamentales o derechos de primera generación, para ser titular de ellos es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos que la ley, de manera general, impone para adquirirlos. Cuando en vigencia de la ley que señala tales requisitos, estos llegan a cumplirse, se habla de derecho adquirido en materia de seguridad social. Cuando, por el contrario, durante el término de vigencia de la ley que prescribe tales condiciones, la persona que aspira a la titularidad de ellos está en vía de cumplirlas, se habla de expectativa de derecho.

“Las consecuencias jurídicas en uno y otro supuesto son bien distintas : Los derechos adquiridos al tenor del artículo 58 de la Carta Política, no pueden ser desconocidos por leyes posteriores; no así las simples expectativas de derecho.

“Para el caso concreto de las personas a las que se refiere la norma demandada, esto es, las personas beneficiarias del régimen de transición al que se ha hecho referencia en esta sentencia, resulta evidente que, por cuanto ellas al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993 no habían cumplido aún con los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez por el régimen pensional al cual estuvieran afiliadas, no habían adquirido ningún derecho en tal sentido y sólo tenían al respecto una expectativa de derecho).

... La Constitución delega al legislador la función de configurar el sistema de pensiones, y le da un amplio margen de discrecionalidad para hacerlo, precisamente para garantizar que el sistema cuente con los “medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante” y para darle eficacia a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, conforme al artículo 48 de la Carta ...

...En relación con las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, la protección constitucional a favor del trabajador, que le impide al legislador expedir normas que les permitan renunciar a ciertos beneficios considerados como mínimos, no se refiere a las expectativas legítimas, sino a aquellos derechos que hayan sido adquiridos por sus titulares o a aquellas situaciones que se hayan consolidado definitivamente en cabeza de sus titulares...

Con todo, ello no significa que la amplia potestad configurativa del legislador para fijar la edad y el tiempo de servicios necesarios para acceder a la pensión pueda ejercerse de manera arbitraria y terminar desconociendo de facto el derecho constitucional irrenunciable a la seguridad social. En particular estas dos condiciones de edad y tiempo de servicios tienen que ser acordes con la realidad social concreta del país, y deben tener en cuenta factores esenciales como lo son, entre otros, la expectativa de vida histórica y actual de los colombianos, y los índices de mortalidad, y otros aspectos demográficos y financieros, de tal modo que se les permita a las personas gozar efectivamente del derecho a la pensión.

Y, hace la siguiente precisión alrededor del artículo 36 de la Ley 100 :

La Corte en sentencia C-584/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) dijo: “En principio corresponde al legislador la definición de los requisitos necesarios para que una persona acceda a los derechos que integran la seguridad social. Sin embargo, una limitación desproporcionada, afectaría la norma constitucional que establece este derecho. Como quedó visto, en el presente caso, la nueva condición restrictiva tiene una finalidad legítima y es útil y necesaria para alcanzarla” ...

De esta manera y teniendo en cuenta que el régimen de transición consagra únicamente la posibilidad de obtener la pensión para aquellas personas que cumplan con los requisitos establecidos en la misma norma, no es posible argumentar que se trata de un derecho adquirido, sino de una circunstancia en la cual las personas no cumplieron los requisitos definidos por el legislador para acceder al régimen de transición. . .

Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición a favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco; y, en tercer lugar, los hombres y mujeres que independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir a las mujeres mayores de treinta y cinco y a

los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4° ni el inciso 5° se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1° de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4°, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresen al de ahorro individual, conforme al inciso 5°...

Conforme al principio de proporcionalidad el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. La Corte ha sostenido que no es contrario a la Constitución que por virtud de un tránsito de leyes el legislador trate de manera diferente a personas que realizan el mismo trabajo durante la misma cantidad de años, y cuya diferencia es el momento en el cual adquieren el derecho a pensionarse. Sin embargo, este cambio en las condiciones en que las personas se pensionan no puede ser desproporcionado.

Y sobre las razones de las que se deriva la protección indicada, expresó la Corte Constitucional:

De las consideraciones transcritas se desprende, sin lugar a dudas, que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 i) “constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo”; ii) Que este instrumento ampara a los trabajadores, hombres y mujeres, “que al momento de entrar en vigencia el sistema”, tuvieran más de cuarenta años o treinta y cinco años, respectivamente, y a quienes “independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados” y iii) Que los amparados por este régimen “si bien no han adquirido el derecho a pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo...”

Una vez que haya entrado en vigencia la disposición que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos para el mismo, consolidan una situación jurídica concreta que no se

les puede menoscabar. Además, adquiere la calidad de derecho subjetivo que no puede ser desconocido por ningún motivo, pues le da a su titular el reconocimiento de la prestación en las condiciones prescritas en la normatividad anterior y la de acudir al estado a través de la jurisdicción para que le sea protegida en caso de desconocimiento de la misma...” (Sentencia C-754 de 2004 (10 de agosto), referencia: expedientes D-5092 y 5093 acumulados. Demanda de Inconstitucionalidad del art. 4º de la Ley 860 de 2003. M.P. ALVARO TAFUR GALVIS)

iii. El Ingreso Base de Liquidación respecto de las pensiones del régimen de transición:

El artículo 36 en comento, en cuanto al monto del IBL que da lugar a la determinación de la pensión, expresa en el párrafo o inciso segundo:

“El monto de la pensión de vejez ...será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados...”

Y más adelante, el párrafo o inciso tercero, como quedó luego de la inexecutable parcial declarada conforme a la Sentencia C-168 de 1995, se señala:

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior (las que tienen derecho a la transición) que les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

Estas dos definiciones han creado interpretaciones diferentes.

La Corte Suprema de Justicia ha interpretado la norma teniendo en cuenta las directrices de la sentencia de marzo 27 de 1998, dentro del proceso de radicación N°. 10440 cuyo ponente fue el Dr. JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA, así:

“... Lo atinente al Ingreso Base para liquidar la pensión por vejez quedó gobernado por el nuevo régimen, salvo para quienes a la fecha en que éste entró en vigor (1º de abril de 1994) les faltaren menos de diez años para cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios o de cotizaciones según el caso.

“...lo anterior permite colegir que, con prescindencia de la naturaleza jurídica del vínculo laboral que los unió con su empleador, el ingreso base de liquidación de pensión por vejez de quienes al 1º de abril de 1994 les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, así sea este inferior a dos años(), “será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor”...”*

() La Corte no tuvo en cuenta la inexecutableidad de parte de la norma de acuerdo con la sentencia ya referida del mes de abril de 1995, a que se hizo referencia.*

Se deriva de lo anterior, que en cuanto al punto en análisis, la Corte, al interpretar la norma no encontró contradicción alguna en el texto del artículo 36 acerca de este tema, sino que y esta es su conclusión en la norma se contemplan dos reglas diferentes en cuanto a la determinación del Ingreso Base de Liquidación:

- I Una, respecto de quienes para el 1º de abril de 1994 les faltaban menos de diez años para adquirir el derecho, caso en que se rige por el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para obtenerlo, y
- II Para los demás casos, esto es cuando les hiciera falta más de 10 años, se tomará la regla de tener en cuenta lo cotizado durante todo el tiempo de servicio.

Pero, si ello es cierto, ¿por qué desechar la primera parte del precepto, escindiéndolo en cuanto a que el monto de la pensión “será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentran afiliados”?

A su vez el Consejo de Estado ha considerado que la expresión “monto” en la forma utilizada por el legislador :

“...no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión no es sólo un número abstracto que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse , según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la Ley 100. Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición

deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la Ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley”

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso tercero del artículo 36 están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º., puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso segundo.” (sentencia de 21 de septiembre de 2000).

Frente a la posición doctrinaria del Consejo de Estado, vale la pena acotar: No siempre resulta más favorable para el solicitante de la pensión de transición su interpretación, ya que en casos concretos el ingreso base de liquidación y monto de la pensión “establecida en el régimen anterior al cual se encuentran afiliados”, especialmente el que se deriva de algunos regímenes especiales en el sector estatal incluido el de la Ley 33 de 1985, podrían resultar en mengua.

Al hacer el análisis sobre el punto , Fernando AFANADOR NÚÑEZ, en el apartado de su obra sobre seguridad social dedicado al régimen de transición, parte del supuesto de que cuando la norma se refiere al “régimen anterior al cual se encuentren afiliados”, éste “no es otro distinto de aquel a cuyo amparo se encontraban cotizando quienes estaban activos como trabajadores para la fecha en que entró a regir el nuevo ordenamiento pensional o el último que había servido de base para la liquidación de los aportes y respecto del cual tenían vocación para pensionarse las personas que por cualquier causa no se encontraban empleados y cotizando para la fecha en que la ley entró en vigencia ...”

Y concluye el autor citado precisando acerca del IBL que:

“La determinación del IBL , para la aplicación del porcentaje mediante el cual se señalará la pensión de cada beneficiario debe depender del procedimiento imperante en el régimen anterior y no de la norma transicional como equivocadamente lo interpretan los funcionarios de las cajas previsionales oficiales por tener cumplido con anterioridad al nuevo

régimen- el tiempo de servicio generador del derecho. Queda claro en nuestro sentir, que la regla del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en cuanto al IBL, es sólo para quienes les faltaba tiempo de servicio.

De todas formas, la redacción utilizada es ambigua, y pareciera que se desligan e independizan dos aspectos: Uno el del valor de la pensión en sí y otro el de la forma de liquidar el IBL, como si no tuvieran conexión alguna, cuando lo cierto es que el monto del ingreso base de liquidación, siempre será determinante del segundo, por cuanto es aquel al que se aplica el porcentaje que determina la cuantificación del derecho.

Podría entenderse en cuanto a este asunto (como lo ha entendido Gerardo Arenas Monsalve, en el acápite sobre este tema de su obra “Derecho de la Seguridad Social”, pág. 297 y ss.) a quienes les faltaban menos de diez años para adquirir el derecho a la fecha en que entró en vigencia el régimen de pensiones (1º de abril de 1994), el derecho se liquida con el promedio del tiempo que les hacía falta para pensionarse.

Pero, “El ingreso base de liquidación de la pensión de las personas a las que les faltan más de diez años para adquirir el derecho ... a falta de regla expresa en la norma de transición (será) el que corresponde como criterio general, es decir, “el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado dentro de los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión... actualizados anualmente”. Esto es, se seguiría la regla general establecida en el artículo 21 de la Ley 100.

Esta solución, resulta de equidad y sería la aceptable en la medida en que no violentaría al aplicarse el principio de inescindibilidad de las normas, y que elimina el entendimiento que sobre el mismo tema se ha dado por entes de seguridad social encargados de la satisfacción del derecho.

Para ilustrar el problema, y buscar suficientes elementos de juicio que permitan llegar a una conclusión, se trae a colación una alegación producida dentro de un caso concreto:

DEL ACTO RECURRIDO:

El acto administrativo contenido en la Resolución LAMC 51371 se sustentó en la consideración según la cual “la reliquidación de su pensión se debe efectuar con el 75% del promedio de lo devengado entre el 1º de diciembre de 1995, hasta el 30 de noviembre de 2005, último salario aportado”, estableciendo el valor de la mesada en \$ 560.616.71, tomando un IBL de \$ 747.488.95.

La sustentación de la decisión se hace sobre el siguiente argumento:

Que el artículo 36 de la ley 100 de 1993, contempla el régimen de Transición, el cual establece que quienes a la fecha de vigencia del Nuevo Sistema General de Pensiones contaran con 15 años de servicio o más, o tuvieran 35 años de edad, en el caso de la mujer o 40 años si es varón, se les respetará la edad, el tiempo y el monto de la pensión que señalen las disposiciones contenidas en el régimen anterior. Sin embargo, aclara que las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por lo establecido en la ley 100 de 1993.

*Que el señor *****, ya identificado, se encuentra amparado por el régimen de transición y en consecuencia se pensionó con 20 años de servicio, 55 años de edad y el 75% como monto de la pensión, tal y como lo indica la Ley 33 de 1985.*

Pero el período sobre el cual se liquida la pensión, así como los factores salariales que debe tomarse en cuenta en la liquidación, son los indicados en la Ley 100/93 y su Decreto Reglamentario 1158/94, que no contempla los factores solicitados, como ítems que integren el ingreso base de cotización.

Que la incorporación al sistema general de pensiones implica que a partir del 01 de abril de 1994 al recaudo de los aportes se debe efectuar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 que señala:

“ARTÍCULO 1º. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así: “Base de Cotización”. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a. La asignación básica mensual*
- b. Los gastos de representación*
- c. La prima técnica, cuando sea factor de salario*
- d. Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e. La remuneración por trabajo dominical o festivo*
- f. La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras o realizado en jornada nocturna*
- g. La bonificación por servicios prestados*

No obstante al adquirir su status de pensionado el 04 de febrero de 2002, es decir en vigencia de la ley 100 de 1993, al reglamentarse esta última ordenó la incorporación de los servicios públicos en el nuevo sistema general de pensiones, mediante el Decreto N°. 691 de 1994, lo cual implicaba que quedarán sujetos al nuevo tratamiento que debía tener el ingreso Base de Cotización para el nuevo sistema y que a la postre se tradujo en la expedición del Decreto 1158 de 1994 que modificó el artículo 6º del precitado Decreto 691 de 1994, como ya se mencionó.

Como puede verse no es opcional por parte de esta entidad el hecho de incluir en la liquidación de la prestación litigiosa, los factores salariales reclamados por el interesado, por cuanto dicha disposición fue subrogada por el Decreto entrante y a que se hizo previa referencia, sobre estos factores se consideraría ilegal, pues la norma en mención señala taxativamente sobre cuáles factores deben hacerse los correspondiente aportes al sistema no permitiendo salirse del marco establecido en la misma.

ANÁLISIS:

Estamos de acuerdo, por cuanto la realidad de la prestación del servicio así lo indica, que en el caso que nos ocupa, el extrabajador *“se encuentra amparado por el régimen de transición y en consecuencia se pensionó con 20 años de servicio, 55 años de edad y el 75% como monto de la pensión, tal y como lo indica la Ley 33 de 1985”*.

También resulta claro que el régimen que le es aplicable es el denominado de TRANSICIÓN, que se concreta en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que determinó al decir de la H. Corte Constitucional unas expectativas legítimas.

Con base en dicho principio, la H. Corte Constitucional en la sentencia C-789 del 24 de septiembre de 2002 señaló la siguiente doctrina que resulta de plena obligatoriedad, por entenderse que hace parte de las normas constitucionales y legales que se analizan:

“Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajador, como valor fundamental del Estado (CN. Preámbulo, art. 1), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión al entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme al art. 151 del art. 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994), terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.”

El artículo 36 primigenio, que en el caso que nos ocupa y con sustento en la doctrina constitucional arriba citada, continúa vigente, ya que resulta vedado al legislador, al funcionario administrativo o al intérprete crear condiciones de desfavorabilidad con referencia a las previsiones legítimas que en esa oportunidad se establecieron, de manera clara preceptuó que en el caso de quienes estaban amparados por el régimen de transición *“la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez ... será el establecido en el régimen anterior al cual se encuentran afiliados.”*

El monto de la pensión de vejez, dentro del régimen de la Ley 33 de 1985, en su artículo primero dispuso:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios”

Pretender, como lo hace la resolución glosada, liquidar sobre el promedio del 75% de lo devengado en los últimos diez años de servicio, significa una ostensible violación del ordenamiento jurídico por cuanto:

1. Si la norma de la Ley 100 de 1993 habla del promedio de los 10 últimos años, dicho referente está orientado básicamente respecto de quienes antes de la Ley estaban sujetos a un criterio para establecer su IBL, sobre factores diferentes al que establecía la Ley 33 de 1985. Persistir en una interpretación de esta naturaleza, es violentar el principio de igualdad a que se refieren los artículos 13 y 53 de la Carta Política, ya que no existe razón alguna desde la perspectiva Aristotélica para dicha

discriminación, y menos cuando de aplicarse el régimen del ISS, con una densidad de cotizaciones como la que se da en el caso presente, hubiese dado lugar a establecer la mesada pensional aplicando el 90% respecto del citado IBL.

2. Interpretar la norma como lo hizo CAJANAL violenta el principio de la favorabilidad para el trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho (art. 53 del estatuto superior).

3. Lo que en la práctica se hizo en el acto administrativo fue tomar apartes de dos normas diferentes, de lo que se concluye que asumió las funciones del legislador, ya que creó norma, violando de contera el principio de la inescindibilidad, que ha sido tutelar en el derecho y en especial en la rama laboral.

En consecuencia, el servidor público que dictó el acto administrativo (cuyas actuaciones deben estar al servicio de la comunidad dentro de la legalidad), violó normas superiores y legales al establecer en su proveído un fundamento contrario a los principios legales y constitucionales, por lo que cabe esta reposición.

Por tanto, el valor de la pensión ha debido tomarse respecto del 75% del salario del último año de servicio que fue en promedio de \$ 1.014.877., lo cual determina un valor de mesada pensional de \$ 761.157.

Sólo como elemento por anotar se señala que así se aceptara el cálculo porcentual hecho en la Resolución recurrida, el valor del IBL resultaría de \$ 814.909 y no el establecido.

iv. La retroactividad del pago de la pensión:

Ha sido esta cuestión uno de los aspectos que vienen dando ocasión a un número de demandas elevadas en contra del ISS, y, por qué no decirlo, factor de desprotección del cotizante.

El ISS, de acuerdo con concepto interno al que se le ha dado la categoría de principio normativo, ha venido exigiendo que para el disfrute del derecho con retroactividad a la fecha en que se consolidó el derecho y/o se presentó la solicitud de pensión, debía estar terminada y liquidada la relación de trabajo con el último empleador.

La exigencia legal se define en este sentido, con referencia a la obligación de cotizar, respecto de la cual el art. 4º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, señaló de manera clara que:

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Del precepto transcrito se deduce una circunstancia clara: si se ha consolidado el derecho de pensión en cabeza de una persona y, por tanto, se deja de cotizar para pensión de vejez, es obvio que no procede el pago de

más cotizaciones y que el cotizante, a partir de ese momento, tiene a su favor un derecho que debe ser reconocido por el sistema.

La interpretación dada por el ISS viola claros derechos constitucionales; en primer lugar el derecho fundamental al trabajo por cuanto el derecho a la pensión se deriva de la vinculación al sistema y pago de cotizaciones para pensiones, luego hay una conexidad manifiesta entre uno y otro. Por otra parte, sabida es la demora por parte del ISS para reconocer el derecho, por lo que pretender que quien lo ha adquirido cese de trabajar, además de violentar el derecho al trabajo también podría llegar a desconocer los derechos a la vida digna (el salario es fuente de subsistencia del trabajador) y al desarrollo de la libre personalidad (el trabajo dignifica y permite reafirmar nuestra propia identidad).

En este caso, los organismos oficiales han partido de un supuesto malévolo (que se encaja dentro de esa visión “de la maldad del derecho y del Estado”) : sólo reclaman el 30% de los ciudadanos, por lo cual el sistema se ahorra el 70% de los valores por retroactividad, lo cual no puede considerarse serio, jurídico y menos aún equitativo, constituyendo un flagrante desconocimiento de los principios que informan nuestro sistema.

Circunstancia diferente es la que se presenta con referencia a solicitudes de quienes son servidores públicos, por cuanto se estaría en el caso de la prohibición de recibir dos asignaciones del tesoro público, por cuando dado el déficit del sistema de seguridad social hoy las pensiones se pagan con cargo a éste.

v. Principios consagrados en la Carta Política, luego del A.L. 01 de 2005:

Los beneficios del régimen de transición se concretan a los establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 , que para el caso concreto dispone:

- Se aplica para quienes al momento de entrar en vigencia la Ley 100, tuviesen: 35 años de edad si son mujeres, 40 años de edad si son hombres.
- La edad (hasta el 2014 : 60 años para el hombre y 55 para la mujer y luego de esa fecha se incrementan esas edades en dos años, esto es, 62 años para el hombre y 57 para la mujer.
- El Ingreso Base de Liquidación será conforme a las reglas atrás analizadas.

- **NO SE APLICA:** Para quienes se acojan al régimen de ahorro individual, salvo para quienes estando en este se trasladen al régimen de prima media.

No obstante, con referencia a quienes se trasladaron en un momento al régimen de ahorro individual, a fin de prevenir las situaciones de evidente inequidad ya anotadas, se debe tener en cuenta que el artículo 3º. del Decreto 3800 de 2003 permitió a quienes regresaren al sistema de reparto, el reconocimiento del derecho dentro de este sistema se condiciona al cumplimiento de los siguientes requisitos:

Al cambiarse de régimen trasladar al de prima media el saldo de la cuenta de ahorro individual (debe entenderse que corresponde a cotizaciones más rendimientos financieros), existiendo un vacío en cuanto al tratamiento que debe darse a las cotizaciones extraordinarias, ya que no existe aún reglamentación que permita pagar cotizaciones voluntarias en el régimen de prima media.

El saldo no puede ser inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez (esto es, no se tienen en cuenta los valores que se destinan al cubrimiento de las contingencias de invalidez y muerte).

vi. Extinción del Régimen de Transición :

La extinción del régimen de transición está claramente regulada en el Acto Legislativo 01 de 2005, que estableció la siguiente regla:

- EXPIRA EL 31 DE JULIO DE 2010.
- Pero contempla una EXCEPCIÓN: Quienes hayan cotizado 750 semanas para la fecha en que entró en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 o su equivalente en tiempo de servicios (29 de julio del mismo año, que corresponde a la fecha de su publicación en el *Diario Oficial* 45984) : SE MANTIENE HASTA EL AÑO 2014.

vii. Normas anteriores aplicables a los beneficiarios del régimen de transición:

Las normas de mayor aplicación son :

1. AFILIADOS AL ISS :	ACUERDO O49 DE 1990 (Dcto. 758 de 1990)
2.RAMA JUDICIAL :	DECRETOS 1359 DE 1993 1293 DE 1994
3. SECTOR PUBLICO:	Ley 33 DE 1985 Factores salariales: Dcto. 1158 de 1994.
4. CASO ESPECIFICO DEL SENA:	Ley 119 de 1994: art. 46
5.SECTOR PRIVADO NO CUBIERTO POR EL I.,S.S.:	Art. 260 y s.s. CST

viii. La indexación de la Primera mesada:

El reajuste de la primera mesada, buscaría crear condiciones de equidad en aquellos casos en los cuales “el valor real del salario con referencia al cual se determina el monto de la pensión en proporción al tiempo de servicio en comparación con el que tenía cuando se produjo el retiro del trabajador, será muy inferior al momento de hacerse exigible la obligación pensional” (CSJ, sentencia agosto 5 de 1996, expediente 8616), proyectándose en esta forma los efectos negativos de la inflación.

No ha existido en la Corte Suprema una doctrina pacífica sobre esta materia, ya que se dan fallos contradictorios, vale decir, los que la aceptan, otros que definitivamente lo niegan , como es el caso de la sentencia de agosto 18 de 1999 (expediente 11818. Mag. Carlos Isaac Náder) de acuerdo con la cual:

“ La tesis estricta de la “indexación de la primera mesada pensional” conduciría al extremo de tener que actualizar , con base en el costo de vida, no sólo los derechos exigibles, sino las bases salariales de su establecimiento, principio que aplicado a otras situaciones iguales aparejaría fatalmente una indexación general de los salarios y las bases de liquidación de todas las prestaciones con sus perturbadoras consecuencias jurídicas y económicas; así las cosas, los acuerdos celebrados en el contrato de trabajo o en las convenciones colectivas perderían su validez, en tanto tendrían que quedar sujetos a la referida actualización. De igual modo,, aplicados estos criterios aún después de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se aniquilarían los efectos del inciso 3º del art. 36 que si estableció, por primera vez, la corrección monetaria del IBL de pensión de vejez o jubilación, pues lo concebido en los fallos anteriores al presente sobre el punto, contraría el texto de la nueva ley, si en cuenta se tiene que ésta actualiza la base de cotizaciones de los años indicados en el precepto, y no la primera mesada.”

Otros pronunciamientos de la Corte Suprema, reiteran la tesis en contra de la indexación en el régimen de transición, que en su parte pertinente se transcriben:

1 *“Es cierto que la Sala en recientes pronunciamientos ha tenido la oportunidad de reexaminar el tema y por mayoría viene aceptando la reevaluación de la base salarial para liquidar las pensiones, siempre fincada en el supuesto de considerar que las nuevas disposiciones consignadas en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, fijan un nuevo marco normativo que abre el camino para proceder a la actualización de la base salarial y fijar el monto de la pensión, pero siempre y cuando se trate de pensiones legales, de donde se infiere que se excluyen las voluntarias y las convencionales, y que el beneficiario haya cumplido la edad, en vigencia de la Ley de Seguridad Social en materia de pensiones; es decir, a partir del 1° de abril de 1994; lo cual no ocurrió en el sub lite. En efecto, se ha reconocido el derecho a la indexación de la base salarial para calcular el monto de la pensión, pero no de manera indiscriminada, porque se ha respetado la consagración normativa vigente en el momento respectivo, como también el origen de la prestación y, de allí que se haya hecho diferencia entre las pensiones de naturaleza convencional de las de origen legal y, en relación con estas últimas, se ha tomado en cuenta si se configuró el derecho antes o después de la Ley 100 de 1993, que es la norma que de manera directa y concreta permite la actualización monetaria de aquellas pensiones legales causadas dentro de su vigencia.*

“... la corrección monetaria 'judicial' del valor de la primera mesada se aparta de la filosofía y estructura de la seguridad social, dado que ésta opera como un régimen contributivo que únicamente subsiste en la medida en que sus ingresos sean suficientes para cubrir las obligaciones correspondientes, entre ellas las pensionales. Si alguien deja de cotizar pero aumenta la base de liquidación de su pensión, genera un desequilibrio al sistema de ingresos y egresos al que se ha aludido, con el consiguiente detrimento de la capacidad de la entidad pagadora de pensiones para sufragar oportunamente la totalidad de ellas, con sus consecuentes repercusiones de orden social, lo cual es necesario anotar porque las pensiones, como realmente corresponde a su esencia, se encuentran ahora establecidas a cargo del Sistema de Seguridad Social Integral, como regla general.” (Sentencia de 2004 junio 23, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, M. Ponente, Gnecco Mendoza, Gustavo José)

- 2 La Corte en salvamento de voto hecho por los Mags. Carlos Isaac Náder y Francisco Ricaurte Gómez , respecto de la sentencia del 9 de mayo de 2006, se consignó:

“Nos permitimos expresar nuestro disentimiento respecto de la decisión mayoritaria de la Sala en cuanto acoge la tesis de la indexación del ingreso base de liquidación para pensiones a cargo directo del empleador, pues es opinión reiterada de los suscritos que la actualización monetaria prevista en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no tiene lugar tratándose de pensiones a cargo directo del empleador, como en este asunto que trata de una prestación a cargo del BANCO POPULAR-, circunstancia que lo coloca por fuera de la estructura económica pensional de esa normativa, sino cuando la prestación está a cargo de una entidad administradora de pensiones, salvo las excepciones del caso como por ejemplo en la hipótesis en que se reconozca una pensión de las contempladas en la Ley 100 y se impongan directamente al empleador como consecuencia de moral en el pago de las cotizaciones o de falta de afiliación. En consecuencia, salvamos el voto en este aspecto.(sic)”.

ix. La pensión de sobrevivientes en el régimen de transición:

Desde la vigencia del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a su texto original, se ha venido manejando el principio de la CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA con referencia a los regímenes aplicables por efectos de la transición.

Al respecto, ha sido reiterada la tesis de la Corte en el mantenimiento de las condiciones anteriores, aspectos que se pueden evidenciar de la lectura de los siguientes textos:

- *“Cuando el afiliado fallecido no cumple con el requisito de las 26 semanas exigidas por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para obtener la pensión de sobrevivientes (hoy, 50 semanas dentro de los 3 años inmediatos al fallecimiento), no es aplicable al caso bajo examen; porque de acuerdo con el criterio mayoritario de esta Sala de la Corte, para completar o computar las “300 semanas cotizadas en cualquier época” de que trata el artículo 25 del Acuerdo 49 de 1990, no es dable tomar las cotizaciones que aparezcan en vigencia del nuevo sistema general de pensiones...”*
En esta sentencia, la Corte cita la sentencia del 21 de septiembre de 2006, que al efecto señaló :

‘... Cuando un afiliado hubiese reunido el número mínimo de semanas cotizadas para dejar causado el derecho a pensión de sobrevivientes, en vigencia de los artículos 6º y 25 del Acuerdo 49 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, como eran 300 semanas en cualquier época ó 150 dentro de los seis años anteriores a la muerte, pero falleciere después de que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 sin reunir los requisitos del artículo 46, que exige que quien se encontrare en ese momento cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas o que habiendo dejado de hacerlo, hubiere cotizado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior a su deceso; era procedente considerar la primera normatividad citada, para dar aplicación al principio constitucional de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes, pero en manera alguna se dijo que ambas disposiciones podían escindir-se; ya que se aplican la una o la otra en su integridad, no parcialmente; lo cual quiere decir que a las cotizaciones efectuadas antes de entrar en vigencia la mencionada ley, no es dable sumarle las que se hayan hecho después de su vigencia, con el fin de completar las 300 o 150, según el caso”
(Sentencia de Casación de 5 de octubre de 2006, Radicación 28549, Mag. Dr. Luis Javier Osorio López).

En igual sentido se han dado reiterados pronunciamientos de la Corte, de manera que frente a este caso podríamos hablar de la existencia de un precedente jurisprudencial (Cfr. Sentencia de 26 de sept. de 2006, proceso 29042, Mag. Dr. Carlos Isaac Náder; Sent. 21 de sept. 2006, radicación 28503, M.P. Dr. Luis Javier Osorio López)

x. El régimen de transición pensional para trabajos de alto riesgo:

Entre las reglamentaciones expedidas por el Gobierno acerca del régimen pensional para trabajadores de alto riesgo, el Decreto 2090 de 2003 en su artículo 6º hizo alusión al régimen de transición, estableciendo que :

“Quienes a la fecha de vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, ésta le sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo”

Así mismo en la norma transcrita, incluyó un PARÁGRAFO, del siguiente tenor:

“PARÁGRAFO: Para ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deben cumplir en adición a los requisitos aquí señalados, los previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.”

La norma fue demandada ante la Corte Constitucional que decretó su constitucionalidad condicionada , en sentencia C-663 de 29 de agosto de 2007, teniendo en cuenta que la norma podía perjudicar a los trabajadores de alto riesgo con mayor antigüedad, teniendo en cuenta que entre el régimen anterior y el nuevo transcurrieron 9 años, período en el que matemáticamente no se pueden completar 500 semanas, por lo que podrían perderse las semanas cotizadas antes del Decreto 1281 de 1994 y no obtener la pensión especial.

Por tanto, el requisito de las 500 semanas se debe computar con lo cotizado al sistema especial de trabajos riesgosos anterior a la Ley 100 de 1993 y su norma reglamentaria, el Decreto 1281 de 1994.

Debe tenerse en cuenta que el Decreto en mención empezó a regir el 28 de julio de 2003.

xi. Reajuste del valor de las mesadas:

El artículo 53 de la Carta Política, dentro de los principios mínimos fundamentales del estatuto del trabajo, incluyó con cargo al Estado la obligación de garantía del derecho “al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”.

Significa lo anterior que el reajuste no solamente constituye un derecho de raigambre u origen constitucional, sino también es un principio mínimo fundamental del estatuto del trabajo, que debe entenderse como una consecuencia de la especial protección del derecho fundamental al trabajo, como se define en el artículo 25 Superior.

El desarrollo legal se consagró en el art. 14 de la Ley 100 de 1993, aplicable a todo tipo de pensiones con el preciso objeto de mantener el poder adquisitivo de su valor. Dispuso su reajuste anual de oficio, “el primero de

enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”.

Es entendido que en cuanto al reajuste de las pensiones iguales al salario mínimo legal vigente, que corresponde al valor mínimo consagrado constitucionalmente a partir del Acto Legislativo 1 de 2005, el reajuste tiene un matiz diferente, en la medida en que procede “de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el gobierno, cuando dicho reajuste resulte superior al de la variación del IPC previsto” para el reajuste general (art. 41 DR 692 de 1994).

Al examinar la constitucionalidad del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional mediante sentencia C- 387 del 1º de septiembre de 1994 al analizar la actualización monetaria de las pensiones con base en el Índice de Precios al Consumidor, como regla general, enfrentada al principio de que no puede existir pensión alguna inferior al equivalente del salario mínimo legal, hizo las siguientes consideraciones fundamentales:

“ Ciertamente el artículo citado consagra un trato diferencial, mas no discriminatorio, en materia de reajuste de pensiones, pues quienes reciben pensión superior al salario mínimo legal mensual, tienen derecho a que se les reajuste ésta según la variación porcentual del índice de precios al consumidor; mientras que para las personas cuya pensión sea igual al salario mínimo legal mensual, se les incrementa en la misma proporción en que se aumente dicho salario. Sin embargo, no se puede hablar de discriminación porque el reajuste pensional cubre a “todos” los pensionados sin importar la cuantía de su pensión.

Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

Si el salario mínimo se ha definido como aquella suma de dinero suficiente para que el trabajador pueda satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo; la pensión mínima también debe permitir al

pensionado lograr un nivel de vida, que como se lee en la Declaración universal de derechos humanos (art. 25), le asegure no sólo a él, sino también a su familia, “la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

Recuérdese que la pensión, como lo ha afirmado esta Corte, es “un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo... En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador” (sent. C-546/92, M.P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez C.)

Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

El reajuste de las pensiones, tanto para los que devengan pensiones superiores al mínimo como para aquellos cuyas mesadas son iguales a este, tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad (art. 46 C.N.), quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia. De no existir tales reajustes las pensiones se convertirían en irrisorias, pues la devaluación de la moneda hace que pierdan su capacidad adquisitiva, en detrimento de los pensionados.

xii. Descuentos sobre las mesadas pensionales :

En este caso se trata de unas reglas aplicables a todas las pensiones, por lo cual no puede entenderse como regulación propia del régimen de transición:

1. Generales:

Para SALUD: (Art. 157 Ley 100 de 1993 Art. 204 Ley 100 de 1993)

Por pertenecer LOS PENSIONADOS a la categoría de afiliados que hacen parte del RÉGIMEN CONTRIBUTIVO, deben pagar la totalidad de la cotización para SALUD que corresponde a un 12.5 % del valor de la mesada.

2. Especiales:

2.1. FONDO DE SOLIDARIDAD SUBCUENTA DE SUBSISTENCIA: (Literal d) art. 27 Ley 100 de 1993, art. 8º Ley 797 de 2003)

Corresponde, en virtud del principio de solidaridad sufragar para la cuenta señalada y mediante descuento que el ente que paga la pensión deberá efectuar, un porcentaje diferencial sobre el valor de la mesada pensional, así:

- Para mesadas superiores a 10 salarios mínimos legales vigentes y hasta 20, un 1%
- Para mesadas equivalentes a más de 20 salarios mínimos legales mensuales, un 2%.

2.2. CASO DE QUIENES TENGAN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DE CARÁCTER TEMPORAL : (ART. 47 Ley 100 de 1993 . Modificado art. 13 Ley 797 de 2003)

“El beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión , con cargo a dicha pensión.”

La obligación se concreta para el cónyuge o compañero (sea hombre o mujer, pero hasta este momento sólo en el caso de uniones heterosexuales) a quien se ha otorgado pensión de sobrevivencia, que tenga menos de treinta (30) años de edad y no hubiese tenido hijos con el causante, en el entendido que la cotización se descontará del valor de la pensión

xiii. La aplicación de la transición dentro de la Ley 33 de 1985

El problema se manifiesta con referencia a quienes para el momento de la transición no tenían la calidad de empleados oficiales, y se duda acerca de si se les aplica o no la preceptiva de la Ley 33.

Enseña el artículo 1º de la Ley 33 de 1985:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.”

Acerca del entendimiento del régimen en cuestión, señala la H. Corte Constitucional en la sentencia T- 625 de 2006 las siguientes precisiones:

“...La negativa del Instituto de Seguros Sociales se funda en que si bien el demandante cumplía con los requisitos alternativos que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición, al momento de entrar en vigencia el Régimen General de Pensiones, no acreditaba la calidad de empleado público pues se encontraba cotizando a un empleador privado, razón por la cual no se le podía aplicar el régimen pensional establecido en la Ley 33 de 1985, que exige como presupuestos para acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación, contar con cincuenta y cinco años de edad y veinte años de servicio continuos o discontinuos como servidor público.

*Manifestó la entidad demandada al resolver el recurso de apelación, que si bien “[e]l asegurado es beneficiario del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por lo tanto, el reconocimiento de la pensión de jubilación es viable estudiarlo teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicios y el monto que en el **Régimen anterior a la vigencia del Sistema General de Pensiones le era aplicable**, en este caso el establecido por Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, por tanto, los requisitos para la pensión son los establecidos en el artículo 12 que prevé que tendrán derecho a la pensión de vejez cuando el hombre adquiera **60 años de edad** y acredite 500 semanas cotizadas al ISS dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse o 1000 semanas en toda su vida laboral; sin embargo, si bien acredita las 500 semanas exigidas por la normatividad en comento, no acredita la edad.*

Que así mismo le puede ser aplicable lo establecido por la Ley 71 de 1988 la cual exige para el derecho a la pensión acreditar mínimo 20 años o más de cotizaciones al ISS y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público, 55 años de edad la mujer o 60 años de edad el hombre y un 75% como monto de pensión, no acreditando la edad”.

La entidad demandada admite que el señor Ojeda Awad, se encuentra cobijado por el régimen de transición, pero no le reconoce el acceso a la pensión de jubilación por no contar con sesenta años de edad, según lo dispone la Ley 71 de 1988. Es decir, acepta que tiene derecho a un régimen más beneficioso, por una parte, pero acudiendo a una interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que desconoce por completo el principio de favorabilidad, aduce que el "régimen anterior" a que se refiere el artículo 36 en mención, es la Ley 71 de 1988 y no la Ley 33 de 1985, por el hecho de que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, se encontraba cotizando al ISS por cuenta de un empleador privado. Ello significa, en otras palabras que el régimen de transición queda completamente desconocido, pues en la práctica lo que se le está aplicando es el régimen general de jubilación que exige la edad de sesenta años para acceder a la pensión de vejez. Para ello, ni siquiera hubiera resultado necesario invocar la Ley 71 de 1988, sino acudir directamente al artículo 33 de la ley 100 que establece los requisitos para acceder a la pensión en cuestión.

El artículo 53 de la Constitución Política consagra el principio de favorabilidad, según el cual en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, ha de acogerse la situación más favorable al trabajador. En efecto, como lo ha señalado esta Corporación: "el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma es mandato constitucional (artículo 53 C.P.). Además tiene respaldo en toda la doctrina y jurisprudencia laboral y de la seguridad social. Expresamente está establecida la favorabilidad desde la ley 6ª de 1945, artículo 36: "Las disposiciones de esta sección (sobre prestaciones oficiales) y de la sección segunda, en cuanto sean mas favorables a los trabajadores (empleados y obreros) tanto oficiales como particulares, se aplicarán de preferencia a cualquier otra que regule la materia a que aquella se refiere a su turno, estas últimas se aplicarán de preferencia a las referidas secciones de la presente ley, en cuanto fueran más favorables a los trabajadores". El artículo 21 del C.S. del T. se pronuncia en el mismo sentido. Por lo tanto, ninguna autoridad puede sustraerse a darle plena eficacia a dicho principio.

"En la C-168/95 la Corte Constitucional dijo:

"La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias

interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador”¹³¹.

“La misma C-168 de 1995 dijo sobre favorabilidad, en el tema de pensiones:

“Y en punto a la aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador.”

Desconocer la condición más favorable afecta el debido proceso como lo ha señalado la Corte en las sentencias T-456/94, T-440/98, T-369/98, T-242/98, T-549/98, C-177/98, T-295/99, T-408/00 y T-1294/02.

Dentro del anterior contexto, no puede haber exclusión de beneficios en el caso de regímenes especiales porque si la norma señala varios aspectos beneficiosos, no se puede decir que unos se aplican y otros no. Tal proceder afecta el carácter inescindible de las normas y viola los principios constitucionales antes referidos”¹⁴¹.

El Instituto de Seguros Sociales admite que el demandante es beneficiario del régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero que no le es aplicable el régimen de los servidores públicos, sin tener en cuenta que el accionante laboró en entidades públicas más de veinte años, acudiendo para ello a una interpretación de las normas que establecen el régimen de transición que, como se dijo, evidentemente desconoce el derecho a la seguridad social del actor.

CONCLUSIONES:

A manera de conclusiones, presento las siguientes:

1. El régimen de transición pensional tiene como especial objeto mantener la vigencia de normas caracterizadas por su favorabilidad para el ciudadano que acomodó su conducta y razón de vida a la expectativa de obtener el derecho bajo las condiciones legales establecidas por el sistema.
2. La defensa del derecho a pensión dentro del régimen de transición se ha reafirmado por la Corte Constitucional, al establecer la teoría de la existencia de legítimas expectativas.
3. El régimen de transición no se aplica para quienes estando en el régimen de reparto o prima media o en regímenes del sector público o privado, se acogieren al Régimen de Ahorro Individual, salvo que posteriormente regresen o se acojan al régimen de prima media.
4. No resulta afortunada la redacción del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al tema del Ingreso Base de Liquidación que precede al cálculo del porcentaje pensional, existiendo interpretaciones tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado, que dificultan la comprensión del problema.
5. El derecho a recibir el valor de las mesadas pensionales, desde la fecha de consolidación del mismo, debe entenderse como independiente de la terminación o no del vínculo laboral, ya que lo que importa es haber reunido los requisitos de edad y densidad de cotizaciones que determinan la existencia del derecho.
6. Dados los problemas que se derivaron para el gobierno de las reformas al régimen de transición, por los fallos de la Corte Constitucional con fundamento en la teoría de las legítimas expectativas, se constitucionalizaron algunos aspectos del derecho a transición, cuya extinción real y definitiva está prevista para el año 2014.
7. La indexación de la primera semana, busca crear condiciones de equidad frente al valor de la mesada y el mantenimiento de su poder adquisitivo, como también acontece con el derecho al reajuste anual de mesadas con base en el incremento de precios al consumidor y sin que pueda existir pensión alguna menor al equivalente del salario mínimo legal.

8. El principio de favorabilidad que se consagró en el artículo 53 de la Carta tiene expresión en cuanto concierne con el régimen de transición, en aspectos sustanciales como el del IBL y frente al mismo sistema normativo por aplicar, esto último en especial para quienes pertenecen al sector público y tienen derecho dentro de la transición a la aplicación de la Ley 33 de 1985 o cualesquiera otra derivada de régimen especial.

BIBLIOGRAFÍA

- AFANADOR NÚÑEZ, Fernando, “Derecho a la Seguridad Social”.
- ARENAS MONSALVE, Gerardo, “Derecho a la Seguridad Social”.
- Código Sustantivo del Trabajo.
- Constitución Política de Colombia.
- Ley 100 de 1993 y normas que la han modificado y reglamentado.
- Sentencias de la Corte Constitucional.
- Sentencias de la Corte Suprema de Justicia.
- Sentencias del Consejo de Estado.

La desnaturalización del
justo título
y de la prescripción ordinaria.
Análisis a las
Leyes 1182 y 1183 de 2008

Rocío Serrano Gómez, Mary Verjel Causado

LA DESNATURALIZACIÓN DEL JUSTO TÍTULO Y DE LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA. ANALISIS A LAS LEYES 1182 Y 1183 DE 2008

AUTOR: Rocío Serrano Gómez, Mary Verjel Causado

DIRECCIÓN: rserranogomez@gmail.com;m_verjel@unab.edu.co

FECHA DE RECEPCIÓN: 07 de abril de 2008

RESUMEN: El Congreso de la República de Colombia acaba de aprobar las leyes 1182 y 1183 de 2008 cuya finalidad es modificar los requisitos de la prescripción adquisitiva de dominio y sanear los títulos registrados en la columna de la falsa tradición. Este ensayo muestra que las variaciones en la naturaleza del justo título hechas por la ley 1182 varían toda la teoría jurídica sobre la prescripción ordinaria según la conocíamos en el Código Civil y en los autores clásicos de derecho civil bienes. Adicionalmente, la nueva reglamentación sobre saneamiento del título inscrito en la columna de falsa tradición establece un nuevo procedimiento para reclamar prescripción ordinaria que eventualmente podría violar derechos del propietario inscrito.

PALABRAS CLAVE: Prescripción adquisitiva de dominio, Prescripción ordinaria, propiedad, Bien inmueble, Falsa tradición, Justo título, Buena fe.

ABSTRACT: The Congress of the Republic of Colombia recently promulgated Laws 1182 and 1183 of 2008 to modify the legal requirements for acquisitive prescription of real estate and cure the defects of the title deeds registered under the column of irregular or false conveyancing in the public land registration records. This essay shows that the variations in the nature of the "fair deeds" introduced by law 1182 completely changes the whole legal theory concerning ordinary acquisitive prescription as jurists know it in the Civil Code and in the classical civil law authors. In addition, the new statute for the regularization of the deed registered under the column of false conveyancing establishes a new procedure to claim an ordinary acquisitive prescription that could violate the rights of the registered proprietor.

KEY WORDS: Prescription, ordinary prescription, real state, counterfeit tradition, fair deed.

La desnaturalización del justo título y de la prescripción ordinaria. Análisis a las Leyes 1182 y 1183 de 2008

Rocío Serrano Gómez, Mary Verjel Causado

La intrincada naturaleza del justo título

El Código de Andrés Bello López estableció exigentes requisitos para la configuración del Justo Título, como condición para adquirir por el modo de la prescripción ordinaria. Estos requisitos eran herencia de legislaciones tan antiguas como la romana habiendo sido depurados y analizados durante años por los más connotados autores de derecho civil, bienes. Durante años, los profesores y estudiantes de derecho se transaron en profundas discusiones sobre los requisitos del justo título y sus efectos en la conciencia del poseedor, las características del título justo, del no justo título y el reconocimiento de mejoras para el poseedor de buena o mala fe. No sólo en aulas de clase sino frente a los estrados judiciales, esta delicada filigrana jurídica sustentó, desde el siglo XIX y XX el acceso a la propiedad de los bienes inmuebles por el modo adquisitivo de la usucapión ordinaria.

La única variación conocida a la teoría de la prescripción ordinaria fue la modificación de los plazos, cada vez mas reducidos, y una sostenida doctrina jurisprudencial que abolió la posesión inscrita. De resto, las bases jurídicas de la posesión ordinaria se mantuvieron intactas hasta la aparición de las leyes 1182 y 1183 de 2008. *¿Cuáles son los efectos de esta normatividad y cómo altera la naturaleza del justo título y la buena fe?* Por otro lado, *¿Qué efectos tiene para el propietario y el poseedor el nuevo procedimiento para saneamiento de los títulos inscritos en la columna de la falsa tradición?* Para responder estos interrogantes es necesario hacer una exposición sobre la manera cómo se concebía la prescripción ordinaria en el código de Andrés Bello antes de ser modificada por la nueva legislación. Veamos:

Clasificación y términos de la prescripción

Según el artículo 764 del Código Civil la prescripción puede ser de dos tipos: ordinaria y extraordinaria; la primera permite adquirir por un tiempo más corto debido a que quien la solicita tiene justo título y buena fe mientras que en la segunda, alguno de estos elementos, o los dos, no existen. Básicamente el efecto entre una y otra es que quien posee ordinariamente debe esperar menos tiempo para ser reconocido propietario que quien lo hace extraordinariamente.

Los términos de ambas clases de posesión se han acortado a medida que pasa el tiempo bajo la consideración de que la posesión cumple una función social: la de permitir que el que trabaja la tierra tenga acceso a ella. Cuando se adoptó el Código Civil chileno, mediante la ley 57 de 1887, los términos de prescripción extraordinaria eran de 30 años para muebles e inmuebles y de 20 años para la ordinaria para inmuebles; y 10 para muebles. La disminución en los términos para usucapir llegó a su máximo con la Ley 791 de 2002: 10 años para la posesión extraordinaria (bienes inmuebles y muebles); y para la ordinaria 5 o 3 según fueran bienes inmuebles o muebles. Estos términos empezaron a regir en el año 2005, 2007 y 2012 respectivamente para posesiones iniciadas después de la vigencia de la ley 791 de 2002, teniendo en cuenta el artículo 41 de la Ley 153 de 1887.

El justo título en el Código Civil colombiano

El justo título se llama así precisamente porque llena todos los requisitos de un título que sirve para trasladar la propiedad. En Francia, Colin y Capitant, hablaban de “aquel al que sólo le ha faltado para haber transmitido al adquirente la propiedad proceder del verdadero propietario”. En conclusión, el justo título debe ser traslativo de dominio y si se hace sobre inmuebles debe elevarse a escritura pública. ¿Es necesario que este título se registre en el folio correspondiente? A pesar de contadas opiniones en contrario, los principales exponentes del derecho de bienes¹ insisten en que las formalidades del título y su aparente poder traslativo inducen al adquirente a solicitar el registro, es decir, a pedir la tradición de la propiedad en los inmuebles. Más incisivo aún, es Fernando Vélez quien estima que la falta de registro de la escritura una presunción de mala fe en el poseedor y por lo tanto la imposibilidad de reclamar la usucapición por el corto tiempo².

1 Entre ellos, Fernando Vélez, Valencia Zea, Milciades Cortés, Arturo Alessandri Rodríguez y J.J. Gómez.

2 VÉLEZ, Fernando. Estudio sobre el derecho civil colombiano. Tomo III. De los Bienes. Imprenta París- América. París. Pág. 154

Alessandri Rodríguez está de acuerdo con exigir al justo título todas las características de un título traslativo de propiedad, ya que solo así podría inferirse en las personas “un justo motivo para creerse propietario”³. Además, “no es necesario dice el autor chileno-, que el título, para ser justo, sea otorgado por el dueño de la cosa”, ya que en nuestros sistemas jurídicos la venta de cosa ajena es válida y el título que la origina es un justo título⁴.

Así las cosas, la venta de cosa ajena “habilita para poseer” que es justamente la característica del justo título. El hecho de ser verdadero y válido hace que se atribuya el dominio “en abstracto”, porque no da el dominio de una vez pero faculta al comprador para solicitar la usucapión en el corto tiempo.

Los requisitos del justo título son los mismos de cualquier título que confiera propiedad, así no los enumere expresamente el Código Civil. Lo que sí hace la ley es definir el título no justo con unos ejemplos dados en el artículo 766. Aparte de lo dicho hasta ahora, podemos definir las características del justo título haciendo una lectura “al revés” del artículo 766:

1. Que sea un título verdadero, es decir, que tenga existencia legal; desde este punto de vista no es justo título *el falsificado*, material o intelectualmente, o por falta de autenticidad notarial, como cuando no ha sido autorizado por los funcionarios competentes que aparecen interviniendo en su otorgamiento, o cuando ha sido adulterado en condiciones que alteren o cambien su naturaleza jurídica.

Como anotamos, para el Código Civil la condición de ser “verdadero” no se altera si el que hace la tradición no es el propietario porque la venta de cosa ajena vale y tiene efectos de justo título⁵.

2. Que no esté afectado de nulidad absoluta o relativa. Para Pothier, un título nulo no es un título y la posesión de que procede es una posesión sin título⁶.
3. Que sea traslativo de dominio. De esta manera, se exige que tenga el poder de trasladar la propiedad, como una compraventa, donación, o

3 ALEESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA Manuel. Tratado de los derechos reales. Bienes. Tomo I. Editorial jurídica, Chile. Santiago, 2005.

4 *Ibid.* Pág. 370

5 Artículo 1871 Código Civil

6 *Ibid.* Pág. 371

aporte a sociedades. El Código distingue entre títulos atributivos o declarativos, y la doctrina aclara que sólo los primeros pueden considerarse justos títulos. Los declarativos, como las sentencias de sucesión o de partición de la cosa común no otorgan un derecho sino que “reconocen” uno que existía previamente⁷. Por esta razón, la entrega hecha al legatario no es justo título, ya que no es título traslativo, como tampoco tienen justo título los herederos de quien detentaba a título precario, y por reconocer dominio ajeno ellos no podrían prescribir⁸.

Entonces, el título precario impide que al poseedor se le considere como “ordinario” y aparte de todo puede atribuírsele mala fe por error de derecho⁹. En derecho civil una promesa de venta tampoco tiene el poder de otorgar dominio porque según artículo 1611 del Código Civil es un contrato en que *se promete vender* una cosa, llegado un plazo y cumplidas ciertas condiciones. Claramente no es un título traslativo porque al decir del numeral 4 del mismo artículo “falta la tradición de la cosa o las formalidades legales”.

A todas luces, los efectos del contrato de promesa son meramente personales porque no se ha perfeccionado la entrega jurídica del bien. Se trata de una obligación de hacer, consistente en celebrar el contrato prometido; también pueden surgir obligaciones de dar, como las que implican el perfeccionamiento del derecho real, y otras tales como las que se deriven de las arras o de la cláusula penal, pero nunca derechos reales¹⁰.

Concluamos: al no ser título traslativo, la promesa de compraventa no puede ser justo título para la prescripción ordinaria.

4. Tratándose de inmuebles, se le exige al título que reúna las solemnidades de la escritura pública y la inscripción en el folio de matrícula que son los requisitos propios de la negociación de esta clase de bienes¹¹.
5. Si son bienes muebles, el título debe cumplir con los requisitos para la tradición de esta clase de bienes, según el artículo 754 del Código Civil.

7 Artículo 779 Código Civil.

8 COLIN Y CAPITANT, *Ibid.* Pág. 648

9 Artículo 768 final. Código Civil.

10 ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles*. Tomo I. Biblioteca Jurídica. Bogotá, 1995. Pág. 72.

11 Artículos 745, 749 y 756 Código Civil.

6. Aparte de llenar las solemnidades y requisitos legales para la tradición de muebles o inmuebles, el título debe existir físicamente; desde este punto de vista, no habría justo título para el ladrón de bienes muebles ni para el usurpador de bienes inmuebles.

La buena fe

El segundo requisito de la prescripción ordinaria es la buena fe. Su existencia depende de que el título sea justo. Evidentemente, un título que reúna las características de legalidad tal y como se expuso anteriormente debe crear en el sujeto la convicción de estar recibiendo la propiedad del mismísimo dueño, así esta condición no se dé realmente.

En virtud de la legalidad del título, el poseedor de buena fe *crea firmemente* que se ha convertido en dueño; está seguro de que se le ha transferido la propiedad o cualquier otro derecho real.

Como dice Fernando Vélez¹², la buena fe “es la conciencia”, algo que pasa en la mente del poseedor que lo hace creer dos cosas: que adquirió el derecho por un medio legítimo y que ese medio está exento de fraude y de todo otro vicio (artículos 1508 a 1512 del Código Civil). La buena fe es, entonces, *una convicción interna* del poseedor inducida por circunstancias externas.

Alessandri define la buena fe como “una convicción positiva: la firme creencia de no obrar contra derecho, de actuar legítimamente (...) es una “persuasión que tiene un fundamento de razón”¹³. Al contrario, la mala fe sería tener la conciencia de actuar contra derecho o tener conocimiento de la ilegalidad de una situación. Tan seguro está el legislador de la mala fe del poseedor que adquiere violentando la ley que el artículo 768 en su inciso final le presume la mala fe si por ejemplo se ignoran normas de negociación de inmuebles, o las que hablan sobre la naturaleza del justo título, o cualquiera de las que hablan sobre la forma como se adquieren los bienes por el modo de la usucapión.

Desde ese punto de vista nos preguntamos: *¿Qué convicción invencible de ser legítimo dueño de un bien puede originar una promesa de compraventa o una compraventa que no reúne los requisitos de la solemnidad por escritura pública, o en casos más patéticos-, un contrato de arrendamiento?*

12 VÉLEZ, Fernando. Op Cit. Pág. 152

13 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Op Cit. Pág. 382

Ninguno. Al contrario, podría configurarse la presunción de derecho de la mala fe.

Hasta aquí es claro que admitir características de “justo título” a una promesa o a cualquier otro título no traslativo o que siéndolo no sea solemne en el caso de inmuebles, es negar toda la teoría jurídica del justo título, abolir la presunción de derecho de la mala fe del poseedor que así procede, y en últimas, volver “justo” lo que el artículo 766 calificó como “no justo” por adolecer de algún vicio o defecto.

Por otro lado, la desnaturalización del justo título también pondría en tela de juicio la nulidad que se configura cuando se venden bienes de incapaces sin permiso judicial, o cuando se actúa en representación de otro sin serlo (artículo 766. 2 y 3 C.C.) porque al admitir que una promesa o un título informal podría tener carácter traslativo se evade toda la reglamentación sobre negociación de bienes de incapaces y se derogan las nulidades que puedan acarrear tales vicios.

Habiendo visto la regulación del Código de Bello, pasemos a examinar las principales variaciones de la nueva legislación.

Ley 1183 de 2007. Puntos centrales

Una ley para ciertos bienes: estratos uno y dos, de municipios de categoría especial, primera y segunda

Primero que todo hay que aclarar que la norma no aplica para todos los inmuebles: sólo para los urbanos de estratos uno y dos, que carezcan de título inscrito en la falsa tradición y que estén ubicados en municipios de categoría especial, primera y segunda¹⁴.

Por tanto, entendemos que mientras entra en vigencia la ley 1182 de 2008, quedan vigentes las normas de la prescripción agraria para los rurales, y que

14 La Ley 136 de 1994, que desarrolló el artículo 320 de la Constitución clasifica así a los municipios: Categoría especial: municipios con población superior a 500.001 habitantes cuyos ingresos anuales superen los 400.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Primera Categoría: municipios con población entre 100.001 y 500.000 habitantes e ingresos anuales entre 100.000 y 400.000 SMLV. Segunda Categoría: Población entre 50.001 y 100.000 habitantes e ingresos anuales entre 50.000 y 100.000 SMLV. Tercera categoría: Entre 30.001 y 50.000 habitantes e ingresos anuales entre 30.000 y 50.000 SMLV. Cuarta Categoría: población entre 15.001 y 30.000 habitantes e ingresos anuales entre 15.000 y 30.000 SMLV. Quinta categoría: población entre 7.001 y 15.000 habitantes e ingresos anuales entre 5.000 y 15.000 SMLV. Sexta categoría: población inferior a 7.000 habitantes e ingresos no superiores a 5.000 SMLV.

para los restantes municipios de las categorías no mencionadas rige la legislación del Código Civil y aquellas que especialmente se hayan expedido para asuntos posesorios, por ejemplo la Ley 9 de 1989.

Título justo por “título aparente”

El artículo tercero de la mencionada norma crea una categoría del título que anteriormente no existía: la del **título aparente** y admite como tal a la promesa de compraventa “cuando haya dado origen a la entrega del inmueble” y “cualquier contrato que haya dado lugar a la adquisición de mejoras o de derechos y acciones sobre el inmueble, sea este público o privado”. Entendemos que “cualquier clase de contrato” no exige un documento elevado a escritura pública ni mucho menos registrado en el folio correspondiente. Inquieta tanta apertura al definir el documento que originaría la prescripción ordinaria. *¿Cuáles otros? ¿Acaso títulos de mera tenencia como el arrendamiento?* No faltará quien opine positivamente ya que la misma norma le da categoría de título aparente a la promesa que no es título traslativo abre la puerta para que “cualquier otro” del mismo pelambre de la promesa, es decir, no traslativo, podría considerarse título aparente para reclamar prescripción ordinaria.

Eliminación de normas sobre tradición de inmuebles

Aparte de eliminar la solemnidad del título y la exigencia de ser traslativo, la ley acabó con la discusión doctrinal sobre si era necesario inscribir la escritura pública en la falsa tradición para alegar prescripción ordinaria o sobre si únicamente era necesario elevar el título a escritura pública sin inscribirlo. Lo anterior se deduce del artículo uno de la Ley 1183 de 2008 que dice “los poseedores materiales de inmuebles urbanos de estratos uno y dos que carezcan de título inscrito” podrán solicitar ante el notario “la calidad de poseedores regulares”.

Tristemente, la legalidad se sacrifica por razones prácticas: si el poseedor demuestra explotación material del bien por un año continuo, puede presentar un contrato traslativo o no, privado o no, para pedir que sea reconocido e inscrito como poseedor regular¹⁵.

Deducimos también que la discusión doctrinal sobre cuál de los elementos de la posesión es más importante, si el *corpus* o el *ánimus*, que con tanto

¹⁵ Al exigir un año continuo de explotación del bien en quien reclama la inscripción de la posesión la ley 1183 se ajusta al artículo 974 del Código Civil, que exige ese término mínimo para ejercer acciones posesorias, es decir, para adquirir calidad de poseedor.

ahínco y rigor jurídico expusieron Ihering y Savigny quedó superada: hoy en día la explotación material es lo único importante y definitivo ya que no se exige examinar el elemento subjetivo, poco importa si el poseedor se creía o no dueño porque el requisito de la legalidad del título que es el determinante para la existencia de la buena fe-, quedó tácitamente derogado, como también lo están, según nuestro criterio, todas las normas que calificaban la buena fe del poseedor ordinario para reclamo de mejoras¹⁶, ya que toda la teoría de la buena fe del poseedor está construida sobre la conciencia de ser el poseedor el verdadero dueño del bien y esta conciencia se deriva de la legalidad del título según los exigentes requisitos establecidos por la legislación del siglo XIX.

En fin, una vez inscrita su posesión regular, el interesado deberá esperar a que se cumplan los cortos términos de la nueva ley 791 de 2002, es decir, únicamente cinco años para solicitarle al mismo notario que lo declare dueño por el modo de la usucapión¹⁷. La competencia del juez es totalmente subsidiaria: únicamente conocerá cuando existan controversias entre el solicitante y un tercero que se haya percatado de la existencia de la solicitud ante notario.

Según vemos, el poseedor regular que presenta la ley 1183 no es “regular” por el título sino por la explotación del bien. Entonces: ¿cuál sería la diferencia con el poseedor irregular? Creemos que el irregular sería aquel que no tiene ni siquiera título no traslativo que lo autorice a adelantar el proceso notarial.

Como vemos, la solicitud de inscripción como poseedor regular ante notario se frustraría por la inexistencia total de título, o, según el texto legal, en el caso de la oposición de “un tercero” (¿el propietario? ¿un poseedor de mejor derecho? ¿un vecino?) o cuando se trate de una posesión violenta, engañosa o por testaferrato, desplazamiento forzado o cuando se trate de inmuebles ubicados en zonas de protección ambiental o de alto riesgo, según lo acreditarían las autoridades de Planeación¹⁸, cuyo visto bueno es requisito previo a la inscripción¹⁹.

En otras palabras: la ley 1183 sólo es pertinente para solicitar la inscripción de posesión regular con “título aparente” que es el mismo título no justo de

16 Artículos 961 y siguientes del Código Civil

17 Artículo 10.9 Ley 1183 de 2008.

18 Artículo 9 Ley 1183 de 2008.

19 Artículo 11

que habló el Código Civil. Luego: hoy en día la ley beneficia con la inscripción de la posesión a quien presente “cualquier título” y acredite explotación por un año continuo. Aunque la ley no lo dice, pensamos que la inscripción de la posesión impide que cualquier otro sujeto aspire a ser considerado poseedor del mismo bien, de manera que el registro sería como “apartar el bien” de cualquier aspiración ajena para acudir cinco años después a solicitar la declaración notarial de propiedad por el modo de la usucapión.

Y el propietario ¿qué?

La ley 1182 contempla una notificación así sea por edictos al propietario inscrito. Suponiendo que el titular del derecho real de dominio no se haya enterado de la solicitud de inscripción de la posesión regular porque no pudo ser notificado, porque por ejemplo, no se desconocía su paradero o por cualquier otra circunstancia, la inscripción de la posesión ordinaria se realizaría sin que tenga conocimiento y solo tendría los cinco años posteriores a la inscripción para consultar el folio de matrícula y evitar que por vía notarial se declare la extinción de su derecho. En este caso, el propietario deberá defender su derecho por vía judicial porque la competencia para este asunto particular no fue derogada por la nueva norma.

Si tuvo la suerte de ser notificado y de acudir a la notaría dentro del término del emplazamiento, el propietario es recibido en conciliación²⁰. Es decir, desde el principio su derecho está en duda. Nos preguntamos: ¿conciliar qué? ¿Será acaso a vender su bien por el precio que se establezca en la diligencia? Probablemente. Y si no está de acuerdo, deberá dejar la notaría y dirigirse a la justicia ordinaria para interponer la acción reivindicatoria contra el poseedor, ya que las posesorias las perdió por la permanencia pacífica y continua por un año completo que acredita el poseedor en la solicitud de inscripción. (artículos 972, 974 y 976 Código Civil).

La muerte de la prescripción irregular basada en falta de título o en título injusto

¿Qué pasa con la prescripción irregular del código civil? La ley 791 de 2002 reconoce su existencia al decir que para muebles o inmuebles sería de 10 años²¹ pero, tememos que la desnaturalización del justo título por la ley 1183

20 Artículo 12 Ley 1183 de 2008

21 El prescribiente sólo podrá alegar el término de los 10 años de la ley 721/01 cuando se haya cumplido la explotación material pública, tranquila e ininterrumpida por ese término a partir de la promulgación de la ley, es decir, sólo hasta el año 2010; mientras tanto deberá sujetarse a los términos de la ley anterior y demostrar la explotación por el término de 20 años, según lo advierte el artículo 41 de la Ley 153 de 1887.

del 2008 acarrea que la posesión irregular sea únicamente aquella que no tiene título de ninguna clase, ni siquiera el llamado “aparente”. Esa clase de posesión se discutirá frente al juez, según las reglas del código civil o de la legislación especial que al respecto se haya definido.

La posición de la jurisprudencia nacional

En el año 2007 la Corte Suprema de Justicia emitió dos sentencias relacionadas con el justo título: la primera considera que la promesa de compraventa si es vínculo útil para agregar posesiones ya que si bien no tiene un carácter traslativo de dominio, la promesa sí puede servir de vínculo porque en posesión debe ser “primero el hecho y después el derecho” y que, por tanto, lo único que puede reclamar la justicia es que exista un sucesor en la explotación material sin tanto formalismo jurídico que impida la función social que persigue la posesión.

Concluye la Corte que para anexar, “un título cualquiera es suficiente. Nada más que sea idóneo para acreditar que la posesión fue convenida o consentida con el antecesor.” Por tal razón no es necesario un título traslativo elevado a escritura pública y mucho menos registrado en falsa tradición para alegar anexión de posesiones. Se cuida la Corte de advertir que esta actitud relajada es sólo para permitir la suma de posesiones pero no para alegar prescripción ordinaria. Veamos:

“Por lo demás, requerir que en tales casos, para poder sumar posesiones, exhiba una escritura pública, es demandarle cosas como si él alegase ser poseedor regular, donde tal exigencia sí está justificada del todo. Una cosa es aducir suma de posesiones y otra alegar que es poseedor regular.”²²

En cuanto a la promesa de compraventa dice que puede ser vínculo para anexar pero advierte que esta jamás podrá ser considerada título justo para la prescripción ordinaria:

“Por lo mismo, si lo que en casos tales se averigua es por la eventual transmisión del dominio de una cosa inmueble, no podrá fungir como justo título sino la escritura pública correspondiente, manera única para que el adquirente de buena fe pueda anidar la creencia de que el antecesor se obliga a transmitir la propiedad. Con criterio de contraste, no servirá a dichos propósitos un documento cualquiera, ni en línea de principio, la misma

22 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Julio 05 de 2007. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

promesa de contrato (...) porque un documento cualquiera no puede hacer creer, fundadamente desde luego, a nadie que es apto para transmitir el dominio en inmuebles”²³.

La permisión de la promesa para anexar se justifica, dice el Magistrado ponente, entre otras cosas, en que lo único que tiene que demostrar quien anexa es “que no se trata de ningún usurpador o ladrón u ocupante de una cosa”, sino simplemente “que el derecho de posesión lo derivó del antiguo poseedor”.

La Corte, conocedora del impacto jurídico del título en la conciencia del poseedor no hubiera podido echar por el piso toda la teoría del justo título y admitir que la promesa de compraventa tiene efectos de justo título para posesión regular.

Por otra parte, en sentencia del 21 de junio del 2007 la Corte Suprema de Justicia estimó que una poseedora que fundaba su derecho a la acción reivindicatoria no podía catalogarse como titular del derecho de dominio porque presentaba una promesa de compraventa, y que con el hecho de prometer comprarle al demandante admitió que este era su propietario y que, por tanto, desvirtuaba el requisito del “*animus*”, indispensable para que se configurara la usucapión. Sin embargo, advierte que una promesa donde sí ha habido entrega material del inmueble podría dar origen a la posesión:

“para que la entrega de un bien prometido en venta pueda originar posesión material, sería indispensable que en la promesa se estipulara clara y expresamente que el promitente vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa, pues solo así se manifestaría el desprendimiento del ánimo de señor o dueño en el promitente vendedor y la voluntad de adquirirlo por parte del futuro comprador”²⁴.

Respecto al cobro de mejoras útiles que se pueden desprender del poseedor que ha ocupado el bien en virtud de una promesa de compraventa, la Corte admite que se le paguen porque no considera que exista mala fe en dicho poseedor ya que el actuó “convencido de que lo adquiere de su verdadero dueño” y queda amparado con la presunción de buena fe,

23 Ibid.8

24 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 21 junio 2007. M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

presunción que en estos casos puede extenderse a quien tiene un título putativo, “y en casos excepcionales al carente de título”²⁵.

Obviamente, entendemos que la posesión que se deriva de la entrega material del inmueble por promesa de venta es la extraordinaria, porque la Corte así lo ha aclarado en otras sentencias, entre otras la citada sobre anexión de posesiones del 5 de julio de 2007.

Cambio de la doctrina probable sobre posesión inscrita

En el 27 de abril de 1955 la Corte Suprema de Justicia emitió la famosa sentencia sobre la posesión inscrita aclarando que “la única posesión verdadera” era la material y que la inscripción en el folio de matrícula no otorgaba ningún derecho al poseedor. Se entendió entonces que quedaban sin efectos los artículos que hablaban sobre posesión inscrita en el Código Civil²⁶.

Entre las consideraciones de la histórica sentencia, el Magistrado Ponente, Doctor J.J. Gómez, expuso la de que Andrés Bello tuvo una razón meramente práctica al establecer el registro de la posesión: quiso que los propietarios usaran el registro inmobiliario llevando allí los documentos para tener publicidad sobre estos actos, parece ser que en aquella época no era usual proceder al registro tal y como lo recomendaba la ley. Una vez superada esta razón práctica y habiéndose habituado los propietarios a registrar lo suyo, no existía ninguna razón para mantener la inscripción de la posesión ya que esto inhibiría que personas que explotaban materialmente el bien (posesión material) no tuvieran nunca la oportunidad de reclamar ante la justicia la adquisición de la propiedad por el modo de la usucapión. En efecto: el registro de la posesión como tal (posesión jurídica) congelaría en el tiempo y en el espacio cualquier intento de reclamar derechos para quien explotara el bien. En otras palabras: la norma impediría que se cumpliera la razón social de la posesión, que es algo que aún hoy reconocen la doctrina y la jurisprudencia. Por esta razón, se dijo que:

“Es la posesión material y no las inscripciones en los libros de registro la que realiza la función social de la propiedad sobre la tierra, asiento de la especie y cumbre de las aspiraciones de las masas humanas. (...) la inscripción de títulos carece de contenido y alcance posesorio”²⁷.

25 La Corte Suprema de Justicia ratificó que la promesa de compraventa podía originar posesión solo si expresamente se admitía en ella que se había otorgado la posesión material del bien al promitente comprador, en la sentencia del 14 de agosto del 2007. M.P. Octavio Munar Cadena.

26 Entre ellos artículos 758, 759, 764.4, 785, 786, 790, 791 y 980 del Código Civil.

27 GOMEZ, J.J. Bienes. Temis. 1980. Página 414.

Desde el año 1955 se acató como doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia la abolición de la posesión inscrita. Sorpresivamente y sin conocidos estudios sobre su conveniencia o inconveniencia, la ley 1183 de 2008 revivió la figura de la posesión inscrita curiosamente con las mismas razones de facilitar el acceso a la propiedad de quien la detenta²⁸. Nos preguntamos: ¿Podría el remedio propuesto en la nueva ley originar el mismo mal que se presentó en el pasado? ¿Podrá ser, en últimas, una medida legal para que personas abusivas y mas conecedoras del derecho que otras, inmovilicen el acceso a la propiedad de quienes ejercen posesión material sin registrar? ¿Impedirá la posesión jurídica el desarrollo de la que por muchos años fue considerada como “la única verdadera? El tiempo lo dirá.

El saneamiento del título según la Ley 1182 de 2008

Esta ley entrará en vigencia seis meses después de su promulgación, es decir, el 8 de julio del mismo año, establece un procedimiento especial ante los Jueces Civiles y Promiscuos municipales para el saneamiento de la titulación de la propiedad inmueble.

El procedimiento es oral y cobija únicamente inmuebles urbanos cuya extensión no supere la media hectárea y rurales no mayores de 10 hectáreas, siempre y cuando no se trate de aquellos sometidos al régimen de la propiedad parcelaria establecido en la ley 1152 de 2007, lo cual será certificado por el INCODER. Aparte de lo anterior, deben cumplirse los requisitos señalados en el artículo 3 de la misma ley, entre otros, que no se trate de un baldío sometido a proceso administrativo de adjudicación, que al momento de pedir el saneamiento del título el poseedor haya ejercido explotación económica previa del predio por cinco años, y que el folio de matrícula del inmueble presente una inscripción en la llamada “falsa tradición” por mínimo cinco años.

Se trata entonces, de bienes susceptibles de adquirirse por el modo de la usucapión ordinaria, según las normas del Código Civil según se conocían antes de la promulgación de la ley 1182 de 2008. En otras palabras, de inmuebles que se vendieron con título traslativo de dominio (compraventa, donación, aporte a sociedades) debidamente elevado a escritura pública y que llevan cinco años con una anotación registrada en la falsa tradición. La demanda se presenta para que el juez sanee el título inscrito y de poseedor ordinario que es, el demandante pase a ser propietario por el modo de la usucapión.

²⁸ Gaceta del Congreso 282 de 2006, Exposición de motivos de la ley 1183 de 2008, Senador Germán Vargas Lleras.

En julio de 2008, cuando entre en vigencia la ley 1183, todas las personas que tengan título inscrito en la falsa tradición podrán adelantar el proceso mencionado ya que se habrán cumplido los cinco años que exige la Ley 791 de 2002. Lo que no se explica claramente es el procedimiento de la ley 1182 ya que en vez de decir simplemente cuáles son los trámites directos dentro del proceso para decretar la usucapión, habla de una audiencia de conciliación entre el poseedor ordinario y el propietario registrado en el folio.

A esta audiencia acude el *dominus* citado personalmente si se conoce la dirección o por edictos, pero: si ya se han cumplido los términos para decretar la prescripción adquisitiva, ¿conciliar qué o para qué? ¿Será acaso que el juez debe dirigir un acuerdo de compraventa sobre un derecho de propiedad al que sólo falta declarar por sentencia? Es decir, una compraventa sobre un derecho que ya se perdió por el paso del tiempo? El mismo artículo contempla la posibilidad de que el propietario se oponga, ¿pero cómo podría hacerlo si ya vencieron los términos de prescripción ordinaria? Entendemos que únicamente podría hacerlo cuando prueba que la posesión ha sido viciosa (producto de testaferrato, desplazamiento forzado) o que se encuentra en algunas de las imposibilidades para sanear el título que trae la Ley 1182 como que el bien forme parte de “urbanizaciones piratas”, o que se encuentre en zonas de alto riesgo según el POT correspondiente²⁹. De todas maneras, la oposición del propietario es verbal, cara a cara con quien el poseedor que aspira a ser dueño y que inscribió el título a sus espaldas y puede darse el caso de desplazamientos forzados no comprobados o registrados donde el propietario no quiera acudir al proceso a rescatar su derecho por temor o imposibilidad física de regresar.

Otra opción del propietario que no se presenta al proceso es pedir, en cualquier tiempo, la “nulidad de pleno derecho” de la sentencia que ordenó sanear el título, sin embargo, aun en este caso el interesado deberá probar que la posesión saneada por sentencia tuvo origen en el desplazamiento.

Curiosamente, el procedimiento indica que los colindantes o vecinos que sean llamados al proceso con la posibilidad de oponerse. No entendemos qué argumentos pueden mostrar ellos si no se discute ningún derecho de propiedad ni de posesión de su parte, así que consideramos que su llamamiento a un proceso donde se discuten derechos reales está fuera de lugar.

Si no hay conciliación entre las partes, el proceso se archivará³⁰. Es decir, ya no habrá saneamiento de títulos por la ley 1182. Entonces, ¿por qué vía

29 Artículo 7, Ley 1182 de 2008

30 Artículo 10. Par. 1 Ley 1182 de 2008

puede el poseedor acudir a reclamar propiedad por el paso del tiempo? Será que debe iniciar otro proceso ante otro juez para que se le declare dueño por haber pasado ya los cinco años de posesión inscrita?

En caso contrario, si no hay oposición o si habiéndola se concilió, el juez ordenará la realización de una inspección ocular al inmueble. El artículo noveno toma todas las previsiones posibles en caso de que la diligencia no pueda realizarse ordenando postergaciones sin decir cuántas³¹. La única razón para no insistir en la inspección sería que, una vez en el sitio, el juez se percatara de la existencia de cultivos ilícitos o de “actividades ilícitas”, o de cualquiera de las cosas que debió ver desde la admisión de la demanda como que se trata de urbanización ilegal, o construida sobre terrenos de riesgo, etc. Todo lo anterior, implica el archivo del expediente.

El mismo día de la inspección, el juez levanta un acta y simultáneamente emitirá una providencia de saneamiento del título, la cual se notificará por estrados. Contra esta providencia se concede el recurso de apelación y la mencionada solicitud de “nulidad de pleno derecho”, que puede interponer en cualquier tiempo el propietario.

Conclusiones

La Ley 1183 de 2008 modificó de tal manera los requisitos del Justo Título consagrados en el Código Civil que podría hablarse de “desnaturalización” del mismo. Lo anterior acarrea una derogación implícita de los requisitos para adquirir por el modo de la usucapión ordinaria.

Según la lectura de la Ley 1183 de 2008, el título para adquirir propiedad por el corto tiempo puede ser una promesa de compraventa que haya ocasionado la entrega del inmueble, e inclusive cualquier otro título que haya puesto al sujeto en posesión del bien. Lo anterior crea un conflicto entre la ley y la jurisprudencia vigente que no reconoce a la promesa como título para adquirir por la vía ordinaria.

El justo título que concibió Andrés Bello en su código y del cual tan profusamente hablaron los doctrinantes nacionales y extranjeros durante siglos ha sido superado por una versión práctica llamada “título aparente” que busca principalmente dar aplicación a la Ley 791 de 2002 y a la intención política de permitir el acceso a la propiedad de pequeños propietarios. Sólo

31 Artículo 9, Ley 1182 de 2008

el tiempo dirá si la intención de la norma se cumple o si por el contrario el título aparente y su consecuente inscripción inhibe la función social de la posesión.

La Ley 1183 de 2008 dio nueva vida a la prescripción inscrita sin tener en cuenta los efectos que pueda tener en el futuro respecto a los poseedores materiales ni sobre el carácter social de la posesión. Así mismo, artículos de Código Civil que se entendían derogados cobran nueva existencia jurídica.

Al permitir que la promesa de compraventa y otros títulos no solemnes ni traslaticios originen prescripción ordinaria, se desvirtúa la teoría de la buena fe del Código Civil, se alteran los artículos que reconocen mejoras al poseedor de buena fe y desconoce totalmente el requisito del elemento psicológico en la posesión, e inclusive pone en tela de juicio el “*animus*” como elemento esencial de la posesión.

El justo título que concibió Andrés Bello en su Código y del cual tan profusamente hablaron los doctrinantes nacionales y extranjeros durante siglos ha sido superado por una versión práctica llamada “título aparente” que busca principalmente dar aplicación a la Ley 721 de 2001 y a la intención política de permitir el acceso a la propiedad de pequeños propietarios. Sólo el tiempo dirá si la intención de la norma se cumple o si por el contrario el título aparente y su consecuente inscripción inhiben la función social de la posesión

La ley 1182 de 2008 estableció un procedimiento oral para sanear el título inscrito en la falsa tradición y decretar la prescripción ordinaria del dominio de los inmuebles rurales y urbanos que se ajusten a los requisitos establecidos por la misma ley. Esta norma entrará en vigencia en junio de 2008 y hará efectivos los plazos de la Ley 791 de 2002. Sólo una adecuada y oportuna oposición en la diligencia de inspección al inmueble por parte del propietario desplazado violentamente enervaría la emisión de la sentencia y su posterior registro. Una vez demostrada, la violencia tornaría la posesión en inútil. Así mismo, una demanda de nulidad de pleno derecho sobre la sentencia que saneó el título podría restituir el derecho al titular de la propiedad. Sin embargo, la eficaz defensa de la propiedad dependería del restablecimiento de la paz y de la confianza en el sistema jurídico del país.

BIBLIOGRAFÍA

ALEESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA Manuel. Tratado de los derechos reales. Bienes. Tomo I. Editorial jurídica Chile.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Tomo I. Biblioteca Jurídica. Bogotá, 1995.

GOMEZ, J.J. Bienes. Temis. 1980.

COLIN, Ambroise y CAPITANT Henry. Derecho civil. Bienes, patrimonio y derechos reales. Vol. 2 Editorial jurídica universitaria. México. 2002.

VÉLEZ, Fernando. Estudio sobre el derecho civil colombiano. Tomo III. De los Bienes. Imprenta París-América. París.

SENTENCIAS

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 21 junio 2007. M.P. César Julio Valencia Copete.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 14 de agosto del 2007. M.P. Octavio Múnar Cadena.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Julio 5 de 2007. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Temis, Bogotá. 2004.

Ley 1182 de 2008.

Ley 1183 de 2008.

Comentarios a las Leyes de
Desarrollo Rural, de Saneamiento
de la Titulación
de algunos bienes inmuebles
y de asignación de
algunas funciones
a los notarios

Iván Santos Ballesteros

**COMENTARIOS A LAS LEYES DE DESARROLLO RURAL, DE SANEAMIENTO DE LA
TITULACIÓN DE ALGUNOS BIENES INMUEBLES Y DE ASIGNACIÓN DE ALGUNAS
FUNCIONES A LOS NOTARIOS**

AUTOR: Iván Santos Ballesteros
DIRECCIÓN: isantos2@unab.edu.co
FECHA DE RECEPCIÓN: abril 2008

RESUMEN: Incidencia de la derogatoria de la Ley 200 de 1936 por la Ley 1152 de 2007, en especial frente a la prescripción agraria; la consagración de una nueva clase de posesión regular como medio de llegar a la declaración de prescripción adquisitiva de dominio mediante trámite notarial y el proceso judicial para el saneamiento de algunos bienes inmuebles.

PALABRAS CLAVE: Ley 1152 de 2007, Prescripción agraria, Prescripción adquisitiva de dominio, Trámite notarial, Posesión regular, Proceso judicial, Saneamiento.

ABSTRACT: Repercussions of the abolition of Lay 200 of 1963, by lay 1152 enacted in 2007, specially as regards agrarian real state prescription and the establishment of a new type of regular possession as means to attain acquisition of an interest (acquisitive prescription) through a notarial procedure, and the legal trial required to cure title deeds.

KEY WORDS: Law 1152/2007, agrarian prescription, notarial procedure, regular possession, civil action, reparation.

Comentarios a las Leyes de Desarrollo Rural, de Saneamiento de la Titulación de algunos bienes inmuebles y de asignación de algunas funciones a los notarios

Iván Santos Ballesteros

1.1 La Ley 200 de 1936

Las leyes se expiden para regular relaciones que surgen entre particulares y entre estos y el estado en un momento determinado de la historia de un país. Cabe recordar como la ley 200 de 1936 se consideró como el origen del derecho agrario latinoamericano, a la vez que se convirtió en el estandarte del programa de la administración López Pumarejo, conocido como la “Revolución en marcha”. Si cumplió su cometido o no, constituye un interrogante que ha sido materia de inmensos debates por parte de sociólogos, políticos, economistas, voceros de partidos de todas las tendencias. Existe consenso en afirmar que esta ley vino a llenar algunos vacíos que se remontaban a las primeras leyes republicanas. Entre otras instituciones, la ley vino a consagrar una nueva figura de la posesión, como la económica, y a establecer presunciones, una a favor de los particulares, dada por el hecho de la explotación económica, y otra a favor del Estado, cuando se dejaba de trabajar los terrenos rurales. Creó un mecanismo para sancionar al propietario que no explotara económicamente tierras de su propiedad, como la extinción del derecho de dominio, al igual que consagró una nueva clase de prescripción adquisitiva de dominio, la agraria.

La ley 1152 de 2007 en su artículo 178 derogó algunas leyes, como la 160 de 1994 sobre reforma social agraria; 4ª de 1973; 200 de 1936, salvo los artículos 20, 21, 22 y 23, con las modificaciones introducidas por la ley 100 de 1994.

1.2 Ley 1152 de 2007

Esta ley en su artículo 136 consagra lo relativo a la posesión agraria que consiste en la explotación regular y estable del suelo, mediante hechos positivos propios de dueño, como los cultivos, sementeras, plantaciones forestales o agroforestales, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica. Esta posesión se extiende también a las porciones incultas, cuya posesión se demuestre como necesaria para la explotación económica del predio, o como complemento para su mejor aprovechamiento, aunque en los terrenos de que se trate no exista continuidad, o para el ensanche de la misma producción. Tales porciones de tierras pueden ser en conjunto hasta de una extensión igual a la mitad de la explotada y se reputan poseídas conforme a este artículo.

En los predios rurales, el cerramiento y la construcción de edificios no constituyen por sí solos pruebas de explotación económica, pero sí pueden considerarse como elementos complementarios de la misma.

La posesión agraria fue consagrada en el artículo 1º de la ley 200 de 1936, modificada por el artículo 2º de la ley 4ª de 1973. El artículo 136 de la nueva ley vino a copiar textualmente la norma anterior y suprimió la presunción de propiedad privada.

El artículo 138 de la nueva ley consagra las formas de acreditar la propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial. Reproduce igualmente el artículo 3º de la ley 200 de 1936, salvo en lo que tiene que ver con la forma de desvirtuar la presunción consagrada a favor del Estado. Cabe destacar el numeral 3º del artículo 138, que se refiere a los títulos debidamente inscritos otorgados con anterioridad a la vigencia de esta ley por un lapso no menor al que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria de dominio (10 años, conforme lo dispone la ley 791 de 2002).

La extinción del derecho de dominio que se encontraba consagrada inicialmente en el artículo 6º de la ley 200 de 1936, fue sustituido por el artículo 3º de la ley 4ª de 1973, a su vez derogado por el artículo 111 de la ley 160 de 1994. Actualmente el Capítulo III del Estatuto de Desarrollo Rural vino a consagrar el procedimiento administrativo de extinción del dominio o propiedad sobre predios rurales. El fundamento de esta figura es el no ejercicio de la posesión agraria en la forma establecida en el artículo 136 de esta ley, durante tres (3) años continuos, salvo caso fortuito o fuerza mayor, o cuando los propietarios contravengan las disposiciones sobre

conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables y las de preservación y restauración del ambiente. Este artículo en su párrafo único dispone que la acción de dominio no procederá en los casos de predios de resguardos indígenas, los de propiedades colectivas de comunidades negras, y los demás que de acuerdo con la Constitución Política ostentan el carácter de imprescriptibles, inalienables e inembargables.

Uno de los aspectos centrales de este estudio lo constituye el relativo a la prescripción agraria, que motiva a formular el siguiente interrogante: con la ley 1152 de 2007 desapareció la prescripción agraria como uno de los modos de adquirir el derecho de dominio, o, por el contrario, sigue vigente la clasificación de prescripción adquisitiva de dominio en ordinaria, extraordinaria, agraria y urbana?

Las consideraciones siguientes nos llevan a concluir que las normas sobre la prescripción dejaron de tener vigencia. Veamos las razones:

1ª. El artículo 137 de ley 1152 de 2007 señala que para la prescripción adquisitiva en materia de fundos rurales se aplicará lo dispuesto en los artículos 2518 a 2541 del C.C. y en la ley 791 de 2002.

Si observamos las normas citadas, éstas sólo consagran, como clases de prescripción adquisitiva, a la ordinaria y la extraordinaria (artículo 2527). El tiempo necesario a la prescripción ordinaria es de tres años para los muebles y cinco para los inmuebles (inciso 1º del artículo 2529, modificado por el artículo 4º de la ley 791 de 2002). El artículo 2531 viene a regular la prescripción extraordinaria. El tiempo necesario para esta prescripción es de diez años (artículo 2532 modificado por el artículo 6º de la ley 791 de 2002). Los derechos reales, según lo señala el artículo 2533, modificado por el artículo 7º de la ley 791 de 2002, se pueden adquirir por prescripción de la misma forma que el dominio, y se encuentran sujetas a la mismas reglas, salvo el derecho de herencia que se adquiere por la prescripción extraordinaria de 10 años, y el derecho de servidumbres continuas y aparentes que se adquieren por prescripción de diez años, según el artículo 739.

2ª La prescripción agraria aparece consagrada por primera vez en la legislación colombiana en el artículo 12 de la ley 200 de 1936, norma sustituida por el artículo 4º de la ley 4ª de 1973. Por su parte, el decreto 59 de 1938, reglamentario de aquella, señaló que la prescripción agraria puede

alegarse por vía de acción o alegarse como excepción (de mérito), pero para demostrar su realización, no basta la prueba de la posesión del Código Civil, sino la determinada en el artículo 1º de la ley que se reglamenta, es decir la que se haya traducido en una explotación económica del suelo. Y el artículo 47 del mismo decreto (anulado por el Consejo de Estado en sentencia de fecha 28 de mayo de 1973, salvo la segunda parte del párrafo) estableció que si en el curso del proceso se demostrare que el globo general del cual hace parte el terreno poseído, se encontraba demarcado por cerramientos artificiales o existían señales inequívocas de las cuales apareciera que se trataba de un terreno particular, el prescribiente debía demostrar su buena fe, por cuanto esta no se presumía. Se recuerda que uno de los requisitos exigidos por la ley 200 de 1936 para que se configurara la prescripción agraria era la buena fe inicial, esto es, que el poseedor considerara el terreno como baldío cuando en realidad era de propiedad privada. En gracia de discusión, si estuvieran vigentes los dos últimos artículos referidos, no serían suficientes para revivir la prescripción agraria, derogada, como se señaló, por la ley 1152 de 2007.

3ª La ley 1152 de 2007 solo hace referencia a la prescripción agraria para un caso especial, dentro del proceso judicial de expropiación (Capítulo V), cuyo competente es el Tribunal Administrativo que ejerza jurisdicción en el lugar donde se encuentra ubicado el respectivo inmueble. El último inciso del numeral 17 del artículo 169 establece que los beneficiarios de reforma agraria que hubieran recibido tierras entregadas por la autoridad administrativa expropiante, pero cuya tradición a favor del Incoder no pudieran perfeccionarse, se tendrán como poseedores de buena fe sobre las parcelas recibidas y podrán adquirir el dominio de las mismas, sin importar la extensión superficiaria del terreno, acogiéndose al trámite previsto en el decreto 508 de 1974, siempre que hubieren ejercido la posesión durante un lapso de cinco (5) años en los términos y condiciones previstos por el artículo 136 de esta ley.

En cuanto a la vigencia de la ley 200 de 36, respecto de los artículos 20 a 24 que consagran la incorporación de mejoras por parte de tenedores de tierras rurales, estos se refieren a la necesidad de la práctica de una inspección ocular en el trámite de la primera instancia antes de fallar, para adquirir un conocimiento directo de los hechos que debe resolver el juez (artículo 20); los Jueces agrarios deberán fallar sobre el resultado de la inspección ocular y los demás elementos de convicción que se alleguen a petición de parte o de oficio, y según la persuasión racional. Estos jueces aplicarán el derecho teniendo en cuenta el objeto de la jurisdicción de tierras: interpretación de la

ley sustantiva con el criterio de que no deben protegerse el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y el fraude a la ley (artículo 21). La ley 200 de 1936 en el aspecto de la valoración de la prueba se adelantó en muchos años al actual estatuto procesal civil (decretos 1400 y 2019 de 1970) que consagró en su artículo 187 el principio de la sana crítica. Por la época en que empezó a regir la citada ley se encontraba vigente la ley 105 de 1931, enmarcada en criterios rígidos de la tarifa legal de pruebas. El artículo 22 de la ley dispone que en los fallos que se dicten en ejercicio de las acciones sometidas al conocimiento de los jueces de tierras (agrarios), deberá decidirse, aún de oficio, si es o no el caso de pagar mejoras, conforme a las reglas siguientes:

- a) Nadie puede enriquecerse sin justa causa;
- b) Constituye mejora en predio rural toda obra o labor producida por el esfuerzo humano que tenga un valor económico, considerada en sí misma y en relación con el terreno en donde se hubiere realizado. Esta norma hace referencia al incremento del valor de un bien por causas extrínsecas a la actividad de su propietario, que es el concepto de la plusvalía.
- c) Los siguientes son los factores que comprende el avalúo de las mejoras:
 - 1º) Su valor comercial al tiempo del avalúo, de las edificaciones, plantaciones, cercas, acequias, caminos, y demás obras y labores de utilidad, incluyendo, cuando los hubiere, el valor de los frutos pendientes; y
 - 2º) El incremento del valor efectivo que la tierra hubiese adquirido por el esfuerzo del poseedor. En la determinación del pago de las mejoras, en razón de la buena o mala fe, se estará a las disposiciones del C.C. sobre prestaciones mutuas, sin perjuicio de lo establecido en este artículo.

El artículo 23 de la ley 200 de 1936 señala que en todos los casos en que, conforme al respectivo fallo, se deban pagar mejoras, labores o expensas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo precedente, no podrá llevarse a cabo el lanzamiento sin que el pago se hubiera efectuado previamente, y en consecuencia, sólo se extinguirá el derecho de retención consagrado en leyes anteriores a la presente ley, una vez se verifique el pago de aquellas.

1.3 Ley 1182 de 2008

Esta ley estableció un proceso especial para el saneamiento de la propiedad inmueble.

1.3.1 Exposición de motivos

“Si nos detenemos a considerar que un enorme e importantísimo porcentaje de los bienes del país es tenido y explotado mediante una relación posesoria material, es gravísimo para todos los efectos, las repercusiones e interrelaciones, tanto de los ciudadanos, como del propio Estado, que no se haya tomado interés legislativo en brindar a estas situaciones de hecho o posesoria material, las seguridades jurídicas que la situación reclama, y que al brindarle una solución eficaz y rápida redundaría en un enorme beneficio global para toda la población , al Estado, a la economía, a la vez que dinamizaría el propio sistema financiero, mejoraría el presupuesto de la Nación y las entidades territoriales, etc”. (Roberto Gerlein Echeverría).

1.3.2 Objeto de la ley

El saneamiento mediante el proceso especial que establece esta ley, de los títulos que conlleven la falsa tradición, de aquellos poseedores de bienes inmuebles que no excedan de media hectárea en el sector urbano y de diez hectáreas en el sector rural, siempre que la falsa tradición no sea producto de violencia, usurpación, desplazamiento forzado, engaño o testaferrato o que no estén destinados a cultivos ilícitos, o adquiridos como resultado de dicha actividad (artículo 1º).

1.3.3 Competencia

Para adelantar el proceso especial regulado en la presente ley se concede competencia a los Jueces Civiles y Promiscuos Municipales, al cual se le aplicará en lo pertinente durante su trámite, el procedimiento oral y el principio de la inmediatez (artículo 2º).

1.3.4 Requisitos

- a) Que el inmueble sometido a este proceso tenga título o títulos registrados durante un período igual o superior a cinco años y cuya inscripción corresponda a la falsa tradición.

- b) Posesión material del inmueble, en forma pública, pacífica y continua, durante el término establecido en el C. de P.C. para la prescripción ordinaria de dominio, cinco años.
- c) Que en el folio de matrícula inmobiliaria no aparezcan inscripciones de gravámenes y/o medidas cautelares vigentes.
- d) Que el inmueble no se encuentre sometido al régimen de la propiedad parcelaria establecido en la ley 1152 de 2007, cuya certificación expida el Incoder.
- e) Que con respecto al inmueble no se hubiere iniciado con anterioridad a la demanda algunos de los procedimientos agrarios, como titulación de baldíos, extinción del derecho de dominio, clarificación de la propiedad, recuperación de baldíos indebidamente ocupados, deslinde de tierras nacionales, o de comunidades indígenas o afrodescendientes o de delimitación de sabanas o playones comunales de acuerdo con la legislación agraria, para cuyo efecto la certificación la expedirá el Incoder.
- f) Que en tratándose de bienes de naturaleza agraria deben encontrarse destinados a su explotación económica (artículo 3°).

Es importante recalcar sobre el contenido de este último requisito para determinar la norma aplicable a la posesión ejercida por el interesado. Si se trata de un predio agrario la posesión debe ser de esta naturaleza, como lo señala el artículo 136 de la ley 1152 de 2007; por el contrario, si el inmueble no tiene este carácter, su posesión será la que determina el Código Civil en su artículo 981.

1.3.5 Titulares de la acción y su representación judicial

Titulares

Las personas que tengan título o títulos registrados enmarcados en la llamada falsa tradición, al tenor del artículo 7° del decreto 1250 de 1970, pueden presentar demanda escrita ante el Juez Civil o Promiscuo Municipal que corresponda al lugar de ubicación del inmueble, para que previa inspección judicial al mismo, se llegue al saneamiento de su titulación por sentencia, la cual, una vez en firme, se inscribirá en el folio de matrícula inmobiliaria, como modo de adquirir el derecho de dominio por el saneamiento de su título o títulos originados en la posesión de cinco años (artículo 4°).

1.3.6 Requisitos de la demanda, anexos y condiciones de procedibilidad

1.3.6.1 Requisitos de la demanda

La demanda debe reunir los requisitos generales, y específicamente los siguientes:

- a) Designación del juez a quien se dirija;
- b) Datos del demandante (identificación, nacionalidad, domicilio o residencia del actor);
- c) Nombre e identificación del apoderado judicial;
- d) Lo que se pretende;
- e) Datos relativos al inmueble, su localización, cabida y linderos; nomenclatura si el bien es urbano, y si es rural, el nombre con el que es conocido en la región y sus colindantes actuales;
- f) Notificaciones: lugar y dirección donde puedan notificarse los titulares de derechos reales principales, lugar donde pueden ser citados los colindantes, y donde recibirán notificaciones personales el actor y su apoderado.
Si se desconoce la dirección o el lugar donde pueden ser notificados los titulares de derechos reales, o citados los colindantes, así deberá indicarse en la demanda, bajo juramento, que se entenderá prestado por la presentación del escrito;
- g) Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda;
- h) Los fundamentos de derecho;
- i) Solicitud de los medios probatorios que hará valer el demandante, en especial, la inspección judicial al inmueble (artículo 5°).

1.3.6.2 Anexos de la demanda

En cuanto a los anexos, a la demanda deberá adjuntarse la certificación expedida por el Incoder, de que tratan los literales d y e del artículo 3°; igualmente se deberá anexar el certificado de tradición del inmueble; certificado catastral, cuya autoridad encargada de expedirlo, lo deberá hacer en el término de quince días, so pena de incurrir en falta grave (artículo 6°).

1.3.6.3 Condiciones de procedibilidad

Que la propiedad inmueble cumpla las siguientes condiciones, declaradas bajo juramento expresamente en la presentación de la demanda:

- (i) Que los bienes inmuebles no sean: imprescriptibles o de uso público, inembargables, inenajenables, ni de los señalados en los artículos 63, 72, 102 y 332 de la C .P. , y en general cuando no se trate de bienes cuya apropiación, posesión u ocupación, según el caso, se encuentren prohibidas por la Constitución o la ley;
- (ii) Que el inmueble no se encuentre en zonas declaradas de inminente riesgo de desplazamiento o de desplazamiento forzado, conforme lo señala la ley 387 de 1997 y sus reglamentos y las demás normas que la adicionen o modifiquen o en similares zonas urbanas;
- (iii) Que el inmueble no forme parte de urbanizaciones o desarrollos que no reúnan los requisitos legales;
- (iv) Que el inmueble no se encuentre ubicado en alguna o algunas de estas zonas o áreas:
 - Zonas declaradas de alto riesgo no mitigables que se encuentran señaladas en el plan de ordenamiento territorial y en los instrumentos que lo desarrollen o complementen, o aquellas que se definan mediante estudios geotécnicos que en cualquier momento adopte oficialmente la administración municipal o el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
 - Las zonas de cantera en grave deterioro físico, hasta tanto adelanten un manejo especial de recomposición geomorfológica del terreno para su rehabilitación y posterior desarrollo urbano.
 - Las construcciones que se encuentren total o parcialmente en terrenos afectados en los términos del artículo 37 de la ley 9ª de 1989 (artículo 7º)

1.3.7. Trámite posterior

1.3.7.1 Admisión de la demanda

Sobre la admisión, inadmisión o rechazo de la demanda, el artículo 8º de la ley remite a las normas generales del C. de P.C.

En el auto admisorio, el juez decreta la medida cautelar de su inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria; ordena la notificación personal del mismo al titular o titulares de derechos reales que figuren como tales en el certificado de libertad y tradición; ordena emplazar y citar a los colindantes del inmueble

que se somete al saneamiento de títulos. Si no se puede hacer las anteriores notificaciones se acudirá a las otras formas de notificación previstas en el C. de P.C. (emplazamiento, aviso, conducta concluyente), para efectos de la continuación del respectivo trámite. Se entenderá que los colindantes no tienen interés en este asunto cuando no concurren a la citación.

Nótese que en este proceso no hay lugar al emplazamiento de las personas que se crean con derechos sobre el respectivo inmueble, como lo consagra la regla sexta del artículo 407 del C. de P.C.

En este trámite debe acompañarse el certificado de tradición del inmueble, lo que significa que no podrá adelantarse cuando no existan titulares de derechos reales. Para este evento el poseedor deberá acudir al procedimiento para la adjudicación de baldíos que consagró la ley 1152 de 2007.

1.3.7.2 Etapa probatoria

1.3.7.2.1 Inspección judicial

Cumplido el trámite anterior y dentro de los diez días siguientes, el juez competente fijará fecha y hora para la práctica de una diligencia de inspección, cuyas expensas y honorarios asumirá el demandante. No podrá llevarse a cabo esta prueba cuando llegados días y hora señalados para su práctica, el demandante no se presente o no suministre los medios necesarios para practicarla. El demandante deberá justificar las razones de su inasistencia o incumplimiento para ser evaluadas por el juez y determinar si señala nueva fecha o se archiva la actuación. Si el juez encuentra que las razones no son justificativas, sancionará al demandante con multa equivalente a un salario mínimo mensual vigente a favor del tesoro nacional y se archivará el expediente, sin perjuicio de que pueda presentarse nuevamente la demanda (primer inciso del artículo 9º). El párrafo 1º dispone que si por alguna circunstancia, el juez al practicar la diligencia no pudiera identificar el inmueble por sus linderos y cabida, procederá a suspenderla y ordenará la práctica de pruebas que considere necesarias para llegar a identificarlo. El párrafo segundo de este artículo dispone la viabilidad del nombramiento de un perito, cuando de la inspección resultaren inconsistencias en la especificación de la cabida y linderos del inmueble, por tratarse de parte del mismo, o por cambio de los cauces de los ríos, por la construcción de carreteras o por cualquier otra circunstancia ajena a la voluntad del demandante. Con esta prueba pericial se busca la identificación del bien en forma plena y solucionar las inconsistencias que se hubieren presentado. Una vez individualizado el bien, se actualizarán los

cambios en el folio de matrícula inmobiliaria, o de lo contrario se le asignará un nuevo folio.

La identificación física de los predios se hará mediante planos referenciados, con coordenadas geográficas referidas a la red geodésica nacional. Si no fuere posible el apoyo anterior para individualizar inmuebles rurales se elaborará un plano que contendrá descripción, cabida y linderos, por la autoridad catastral o por un profesional experto (topógrafo, agrimensor, ingeniero) con matrícula profesional vigente (parágrafo 3º). Si dentro de la diligencia de inspección judicial el juez encuentra que el inmueble está destinado a actividades ilícitas ordenará archivar el expediente.

1.3.7.2 Oposición a las pretensiones

El artículo 10 señala los casos de oposición: las objeciones relacionadas con la propiedad, posesión, el desplazamiento forzado; otras formas de violencia, engaño, testaferrato, las que podrán formularse en el curso de la diligencia de inspección. Formulada la oposición el juez oír a las partes y procurará la conciliación. Si esta se logra, el proceso continuará en su trámite. De lo contrario el proceso se archivará. La conciliación se llevará a cabo dentro de los cinco días siguientes a su presentación o de recibo del expediente. En la diligencia se plantearán todas las objeciones que hubiere en contra del saneamiento. Si se acredita alguna de estas (desplazamiento, violencia o testaferrato), el juez se abstendrá de sanear los títulos y ordenará el archivo del expediente (parágrafo 1º).

1.3.7.2.3 Acta de inspección y decisión

El artículo 11 dispone que si durante la inspección se identifica plenamente el bien y no se formula oposición alguna, se dejará constancia en el acta, e inmediatamente dictará sentencia de saneamiento del título o títulos, la cual se notificará en estrados.

1.3.7.3 Recursos

Procederá el recurso de apelación, ante el Juez Civil del Circuito del Distrito Judicial con competencia en el lugar de ubicación del inmueble, contra la providencia que ordenar sanear la propiedad (artículo 12).

1.3.7.4 Nulidad de pleno derecho

Además de las causales generales de nulidad y de las especiales para algunos procesos consagradas en el artículo 140 y ss. del C. de P.C., el

artículo 13 de la ley consagra la nulidad de pleno derecho de la sentencia ejecutoriada, solicitud que se presenta ante el mismo juez que la dictó y en cualquier tiempo. Se encuentra legitimada para ello la persona desplazada por la violencia que no tuvo la oportunidad de oponerse al saneamiento de la propiedad. Si se demuestra que la posesión tuvo origen en ese desplazamiento, el juez declarará la nulidad mediante auto susceptible de apelación ante su superior jerárquico, juez Civil del Circuito correspondiente. También podrá proponerse la nulidad cuando en virtud de la sentencia se hubiere saneado un bien sobre el cual, en términos de esta ley, no podía adelantarse el proceso.

El legislador optó por esta novedosa figura y no como causal de revisión para facilitarle al interesado quitarle los efectos jurídicos a la providencia ejecutoriada, pero extendió indefinidamente la oportunidad para su solicitud.

1.3.7.5 Honorarios y derechos de registro

El artículo 14 regula la fijación (por auto) de honorarios para el apoderado del demandante y del perito. Para el primero equivaldrán al 3% del avalúo catastral del inmueble, y que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente. Los honorarios del segundo serán fijados teniendo en cuenta la calidad del dictamen y el avalúo catastral con máximo del 1% de este y un mínimo del 50% de un salario mínimo legal mensual vigente.

Los derechos de registro se liquidarán como acto sin cuantía. La providencia una vez en firme, hace tránsito a cosa juzgada material (si se mantiene la posibilidad de anularla, sería la formal), produce efectos *erga omnes* y se registrará en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria para el cumplimiento de todos sus efectos, como los de modo de adquirir, publicidad, medio probatorio y seguridad jurídica.

1.3.7.6 Aplicación retrospectiva de la ley

El interesado o interesados que hubieren cumplido los requisitos que consagra la ley con anterioridad a su entrada en vigencia, podrán acogerse al procedimiento consagrado en la misma, sin perjuicio de que el demandado se oponga a la pretensión (artículo 16).

Como puede observarse, este artículo consagró la figura de la retrospección. En materia civil el principio de la irretroactividad de la ley es general y casi absoluto, por la consideración de que los derechos adquiridos no pueden

conculcarse, porque, de lo contrario, los ciudadanos se encontrarían frente a un estado de inseguridad, sometidos a los dictados del legislador de turno.

Sobre este aspecto señala Giraldo Angel: “Encontramos, sin embargo, un fenómeno que pudiera considerarse como una forma de retroactividad, la retrospección, en cuanto que una norma puede variar las situaciones jurídicas constituidas de acuerdo con normas anteriores. Se diferencia la retrospectividad de la retroactividad en que ésta actúa sobre la causa generadora de un derecho, mientras que la retrospectividad actúa sobre los efectos que todavía no se hayan producido”¹.

1.4 Ley 1183 de 2008

1.4.1 Exposición de Motivos

“Aunque se han hecho importantes esfuerzos para facilitar la adquisición de predios por la vía de la usucapión, como la ley 791 de 2002 que redujo significativamente los términos de prescripción, es necesario que se abra la puerta a la usucapión ordinaria que, como se ha dicho, se convirtió en letra muerta por causa de la interpretación doctrinal y jurisprudencial de las normas del Código Civil.

“El presente proyecto de ley busca apoyar al gobierno en el cumplimiento de los fines estatales otorgándoles mecanismo efectivo para el reconocimiento de su derecho de propiedad y asegurando el acceso de los más pobres a la vivienda digna” (Germán Vargas Lleras).

1.4.2 Contenido de ley

Esta ley se encuentra contenida en tres capítulos, los que se analizan a continuación:

1.4.2.1 Capítulo I: De la posesión inscrita

El capítulo I, integrado por nueve artículos, se refiere a la posesión inscrita.

Los poseedores materiales de inmuebles urbanos de estratos uno y dos carentes de título inscrito, podrán solicitar ante el notario del círculo del lugar

1 Giraldo Angel, JAIME. “Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica”. Ediciones Librería del Profesional, Tercera edición, Bogotá, 1985, p. 26.

de ubicación del bien, la declaración de la calidad de poseedores regulares de los mismos, con el fin de que queden habilitados para adquirir el dominio por prescripción ordinaria, de acuerdo con la ley y en los términos y plazos señalados por la ley 791 de 2002 y las leyes especiales que reglamentan el dominio de los bienes señalados como de interés social VIS.

El notario procederá al archivo de las diligencias en cualquier etapa de la actuación, en el evento de presentarse oposición (artículo 1º).

Los requisitos para la declaración de poseedores regulares son:

1. Encontrarse en posesión regular del inmueble en nombre propio en forma continua, exclusiva, sin violencia ni clandestinidad durante un año continuo o más.
2. Acreditar que no existe proceso pendiente en su contra donde se discuta el dominio o posesión del inmueble iniciado con anterioridad a la fecha de la presentación de la solicitud. No será obstáculo para inscribir la posesión el hecho de la existencia de inscripciones con anterioridad sobre la totalidad o parte del inmueble (artículo 1º.)

Constituyen títulos aparentes para la inscripción de la declaración de posesión regular, entre otros, según lo señala el artículo 3º:

- 1- Promesas de compraventa cuando estas hubieran dado origen a la entrega del inmueble.
- 2- Adquisición de mejoras o de derechos y acciones sobre el inmueble, bien sea por documento público o privado.

En cuanto a la prueba de la posesión deberá acreditarse en la forma establecida en el artículo 981 del C.C. (se prueban los hechos positivos a que da derecho el dominio), y con la prueba del pago de impuestos contribuciones y valorizaciones de orden distrital, municipal o departamental (artículo 4º).

La solicitud de la declaración de posesión regular sobre el inmueble deberá presentarse ante notario, para que se otorgue la correspondiente escritura pública que acredite dicha posesión. Esta solicitud contendrá:

1. Datos del solicitante: identificación de este, de su cónyuge o compañera permanente, domicilio, estado civil, y la calidad en la que actúa.

2. Datos del inmueble: su identificación, nomenclatura, certificación y planos catastrales, linderos y cabida.
3. Declaración jurada en la que el solicitante afirme la no existencia de procesos pendientes sobre la propiedad o posesión del inmueble que se hubieren iniciado antes de la fecha de la solicitud (artículo 5°).

Documentos anexos: Los siguientes documentos deberán protocolizarse con la escritura pública que acredita la posesión: 1. Certificación y planos catastrales del inmueble con el señalamiento de su localización, cabida y linderos. 2. Recibos de pago de impuestos, contribuciones y valorizaciones causados por el inmueble, cancelados por el solicitante, con anterioridad a por lo menos un año. 3 Declaraciones y demás pruebas que a consideración del peticionario le permitan demostrar el ejercicio de la posesión regular de forma pública, continua y pacífica sobre el inmueble durante el año anterior a la fecha de la solicitud (artículo 6°).

La escritura pública que acepte la solicitud se inscribirá en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo donde se encuentra ubicado el bien (artículo 7°). El Registrador de la anterior oficina deberá inscribir la declaración de la posesión regular a petición del interesado en el folio de matrícula inmobiliaria bajo el código de “Inscripción de Declaración de Posesión Regular” (artículo 8°). El artículo 9° señala que se excluirá de manera perentoria de este procedimiento, la posesión adquirida mediante violencia, engaño, testaferrato, desplazamiento forzado o que verse sobre inmuebles situados en zonas de protección ambiental o de alto riesgo o desarrollos no autorizados por las autoridades de planeación.

1.4.2.2 Capítulo II: De la declaración de prescripción de vivienda de interés social

En este capítulo se faculta a los notarios para que, previo el trámite que aquí se señala, con la consagración de las garantías que implican el ejercicio del derecho de defensa y el debido proceso a favor de quienes puedan resultar afectados con esta actuación, autoricen el otorgamiento de la escritura pública, mediante la cual se reconozca la prescripción adquisitiva de los inmuebles. El Artículo 10 señala que sin perjuicio de la competencia atribuida a los Jueces de la República, el notario del círculo donde se encuentra ubicado el inmueble urbano considerado como vivienda de interés social de estratos uno y dos de los municipios de categoría especial, primera y segunda, a solicitud de su poseedor, declarará la prescripción adquisitiva de dominio, siempre que no exista oposición de terceros que

aleguen igual o mejor derecho al del solicitante, y que se trate de posesión regular de forma pública, continua y pacífica. Los interesados deberán actuar por conducto de abogado, y la solicitud contendrá: 1. Datos del solicitante, de su cónyuge o compañera permanente, domicilio, estado civil y condición en la que actúa. 2. Identificación del inmueble. 3. identificación de las personas que figuren como titulares de derechos reales. 4. Certificado de libertad y tradición en que conste el folio de matrícula inmobiliaria del terreno en cuestión. 5. Si se pretende la declaración de prescripción sobre parte de un predio se acompañará, además, el plano y certificados catastrales en que señalen los linderos y la cabida de la parte del predio sobre el cual recae la posesión. 6. Declaración bajo juramento, que se entiende prestado con la presentación de la solicitud, sobre la no existencia de juicios pendientes en su contra o en contra de su cónyuge o compañera permanente en los cuales se discuta la propiedad o posesión del mismo inmueble; 7. Valor catastral del inmueble correspondiente a la vigencia de la solicitud. 8. Documentos, declaraciones y demás pruebas que demuestren el ejercicio de la posesión pública, continua y pacífica sobre el inmueble durante el plazo que señala la ley. 9. Si se pretende la prescripción ordinaria de dominio del bien, con fundamento en la declaración de posesión regular se acompañará copia auténtica de la escritura a la que se refiere el capítulo anterior, debidamente registrada. Una vez inscrita la escritura pública que acredita la posesión regular en el folio de matrícula inmobiliaria, empezará a computarse el término de prescripción, según los plazos y requisitos señalados en la ley 791 de 2002 y leyes especiales que reglamentan el dominio de los inmuebles que se consideran como vivienda de interés social. El artículo 51 de la ley 9ª de 1989 señala los plazos de prescripción cuando se invoque la prescripción urbana de viviendas de interés social: tres años para la prescripción ordinaria, y cinco años para la extraordinaria.

1.4.2.2.1 Trámite

Admisión y notificaciones

Si la solicitud reúne los requisitos señalados en esta ley, el notario aceptará el trámite y dispondrá:

La citación de las personas determinadas e indeterminadas que pudieran alegar derechos sobre el inmueble. Si se trata de las primeras, la notificación se hará en forma personal, o por aviso, siempre que el solicitante indique la dirección de cada uno de los titulares de derechos reales; sino se suministra dicha información, se ordenará su emplazamiento conforme lo dispone el artículo 318 del C.de P.C.

Las personas indeterminadas que se crean con derechos sobre el respectivo bien serán emplazadas en la forma establecida en los numerales 6° y 7° del artículo 407 del C. de P.C. (declaración de pertenencia).

Aviso a la Secretaría de Planeación Distrital o Municipal, según el caso, para que, dentro del término de 20 días hábiles a la radicación de la comunicación rindan concepto sobre la viabilidad de la prescripción. Si no se pronuncia dentro de este plazo, el notario dejará constancia de esta circunstancia y se seguirá adelante con este trámite (artículo 10).

Su parágrafo segundo le confiere al notario las mismas atribuciones que el artículo 83 del C. de P.C. le asigna al juez civil con competencia para conocer de un asunto en que se presente el fenómeno del litis consorcio necesario: integrarlo en el auto admisorio de la demanda o posteriormente antes de la sentencia de primera instancia.

El artículo 12 de la ley señala el adelantamiento de una audiencia de conciliación para intentar un arreglo entre las partes interesadas, siempre que dentro del término de notificación y emplazamiento se presentaren personas que aleguen derechos sobre el bien. De no presentarse oposición, o si la hubiere se llegare a un acuerdo, el notario procederá a otorgar la escritura pública en la cual se declare la prescripción del bien, y la que será objeto de registro. Por el contrario, si se presentare oposición, no siendo posible el acuerdo conciliatorio, se archivará la actuación y las partes quedaran en libertad de acudir ante los Jueces de la República para la solución de sus diferencias (artículo 13).

Por su parte, el artículo 14 señala los casos de mala fe, tales como inexactitudes en la afirmación de la no existencia de procesos pendientes, la ocultación del lugar donde los titulares de derechos reales pueden ser localizados, o las manifestaciones sobre el ejercicio de la posesión en forma pública, pacífica y continua. Ellas darán lugar a las acciones pertinentes que para el caso señala el C.P.; el pago de los perjuicios a los terceros que resulten afectados, y las demás sanciones establecidas para el caso. Los particulares podrán ejercer las acciones pertinentes en caso de desconocimiento de sus derechos, con miras a obtener la nulidad del acto mediante el cual se reconoció la posesión regular o la prescripción, junto con la reivindicación, conforme a las reglas y procedimientos pertinentes.

1.4.2.3 Capítulo III: Disposiciones Generales

Se encuentran contenidas en los artículos 15 a 22 de la ley.

Se lee en la exposición de motivos lo siguiente: “Finalmente, en el capítulo tercero se establecen algunas reglas generales para hacer efectivas las disposiciones de la ley; para proteger el patrimonio público, las zonas de protección ambiental y de las minorías étnicas y la propiedad de personas desplazadas y para promover su eficacia a través de la Defensoría del Pueblo.

“Como puede observarse, este proyecto busca permitir que los colombianos puedan acceder más fácilmente a su vivienda digna, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 51 de la Carta Política”.

1.5 Conclusiones

Los Jueces Civiles Municipales o Jueces Promiscuos Municipales, los de segunda instancia, las autoridades municipales o distritales, Defensoría del Pueblo, entidades de catastro, Incoder, Notarios, Registradores de Instrumentos Públicos que en mayor o menor grado intervengan en estos trámites deben ser muy estrictos en la observancia de estas leyes para evitar que se desvirtúen los fines que ellas persiguen y de esta forma, significativas extensiones de terrenos pasen a manos de grupos violentos o al margen de la ley, como consecuencia de la violencia o coacción que se llegare a ejercer sobre sus verdaderos poseedores y que no pudieran oponerse o a ejercer las acciones pertinentes para proteger o restablecer sus derechos por temor a represalias contra estos, sus familias o sus bienes.

En la Circular N° 7 de fecha 31 de enero de 2008 sobre las leyes 1182 del 8 de enero y 1183 del 14 de enero de 2008 dirigida a registradores de Instrumentos Públicos, la Superintendente de Notariado y Registro, además de la información sobre el contenido de ellas, solicita a sus subalternos el cumplimiento estricto de sus funciones:

“Es importante anotar que el artículo 19 (ley 1183) prevé que, “En los eventos de prescripción adquisitiva de inmuebles estrato uno y dos no habrá lugar al pago del impuesto de registro y anotación, de los derechos de registro, de los derechos notariales y de los que se liquiden a favor de las curadurías urbanas cuando a ello haya lugar.

“Por último, considero importante señalar que las leyes sancionadas, constituyen un instrumento que contribuirá en el crecimiento económico del país a través de la consolidación de la propiedad de una buena parte de la población, por lo que, nuevamente, invoco la responsabilidad y compromiso en el cumplimiento de la función registral como guardianes de la fe pública y agentes propiciadores de la paz nacional, así como también su concurso y comentarios acerca de los mecanismos necesarios para la aplicación de las mismas”.

Aspectos de la reforma en materia de procedimiento laboral (Ley 1149 de 2007)

Ruth Adriana Ruiz Alarcón

**ASPECTOS DE LA REFORMA EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO
LABORAL (LEY 1149 DE 2007)**

AUTOR: Ruth Adriana Ruiz Alarcón
DIRECCIÓN: rruiz2@unab.edu.co
FECHA DE RECEPCIÓN: marzo 2008

RESUMEN: Este artículo comenta los diferentes aspectos del procedimiento laboral reformados por la Ley 1149 de 2007 los cuales necesariamente se encuentran ligados con el principio de la oralidad

PALABRAS CLAVE: Excepciones, Incidentes, Oralidad y publicidad, Audiencias, Notificación de providencias, Juez director del proceso, Apelación de sentencias, Consulta como grado de jurisdicción, Analogía, Régimen de transición y vigencia.

ABSTRACT: This paper comments the different aspects of the labor law legal procedures reformed by Law 1149 of 2007 which are necessarily linked with the oral legal procedure.

KEY WORDS: Exceptions, incidents, orality and publicity, audiences, decision notifications, trial judge, to appeal a judgment, consultation, analogy, transition and validity regime.

Aspectos de la reforma en materia de procedimiento laboral (Ley 1149 de 2007)

Ruth Adriana Ruiz Alarcón

No estamos de acuerdo con quienes sostienen que la Ley 1149 de 2007 puso a tono el procedimiento laboral con las modernas tendencias que informan hoy el sistema acusatorio en materia penal y el procedimiento civil en Colombia. Con la expedición del Código de Procedimiento del Trabajo, Decreto-Ley 2158 del 24 de junio de 1948, se reglamentó el sistema oral para los procesos ordinarios laborales. Con una de las más recientes reformas a este estatuto, la Ley 712 de 2001, se reafirmó el principio de la oralidad bajo un instituto jurídico mixto que se debatía entre lo oral y lo escrito, extendiéndolo a los procesos especiales de fuero sindical (levantamiento del fuero y reintegro), siendo la excepción a la regla general, los procesos ejecutivos y los de liquidación de sindicatos (Ley 50 de 1990 artículo 52).

Para lograr el paso a una justicia laboral pronta y eficaz, no basta con simples retoques a las normas de procedimiento o modificaciones efectuadas sin consultar la realidad y las necesidades de quienes desean acceder a la administración de justicia para la realización de sus derechos en materia laboral. Es preciso, además, lograr la conciencia de los jueces y de los sujetos procesales en la aplicación en debida forma de los principios de oralidad, inmediatez, conciliación, economía procesal, concentración de la prueba, debido proceso y lealtad procesal, entre otros.

La concienciación de los sujetos procesales sólo se logra a través de la academia, la cual tiene la responsabilidad de formar profesionales íntegros, con formación ética y jurídica no sólo desde el marco filosófico que informa las normas, sino desde la práctica jurídica, reforzando temas como la teoría de la argumentación, el manejo de la prueba y demás aspectos de procedimiento que convergen en el ejercicio del derecho de acción y de contradicción ante la justicia ordinaria laboral, con el fin de lograr pronunciamiento pronto y eficaz que respete los derechos fundamentales de quienes acceden a la administración de justicia.

Con esta anotación preliminar ponemos a consideración algunos aspectos de la reforma, que vale la pena analizar y que constituyen las bases para la práctica forense, de quienes ejercen en la disciplina del derecho laboral.

1.- EXCEPCIONES

Al estudiar la reforma en materia de excepciones, se observa que se transcribió la totalidad del artículo 32 del C. P. T y de S. S. que versa sobre el trámite de las excepciones, en el sentido de que las previas se tramitan en la audiencia de conciliación, y las de fondo en la sentencia.

Con anterioridad a la vigencia, el artículo 19 la Ley 712 de 2001, que acogió la procedencia de la prescripción, la cosa juzgada, la transacción, y la caducidad de la acción como excepciones previas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 inciso final del C. P. C, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, se había pronunciado en el sentido que no era aplicable por analogía, el artículo 97 del C. de P. C. manifestando los siguientes: *“La proposición y decisión de excepciones en los procesos laborales sí tiene una reglamentación propia en el artículo 32 del C. P. L. reglamentación no permite aplicar por analogía los artículos 97, 98 y 99 del C. P. C. Precisamente a diferencia del Código de Procedimiento Civil, dentro del proceso laboral no se pueden proponer como previas excepciones que no tienen ese carácter. Las excepciones de cosa juzgada, transacción, prescripción y caducidad tienen el carácter de perentorias y en el proceso laboral no pueden ser definidas sino exclusivamente en sentencia”*¹

Posteriormente, en sentencia del 10 de febrero de 1983, al abordar nuevamente el tema de las excepciones, se reitera la posición de negar el carácter de previas a las excepciones de cosa juzgada, prescripción, caducidad, transacción en la medida en que para la Corporación, *“era improcedente proponer y decidir como excepciones previas la cosa juzgada y prescripción toda vez que la norma sólo permite al Juez un previo pronunciamiento sobre la forma y no sobre el fondo del asunto”*.²

La Ley 1149 de 2007, al reiterar lo modificado por la ley 712 de 2001, sobre la proposición como excepciones previas de la prescripción, cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o suspensión, (ya que de haberla el juez tendrá que diferir su decisión al momento de dictar sentencia y la cosa juzgada), reafirma los principios de celeridad, economía procesal y eficacia de la justicia, pues ya no es necesario esperar a la sentencia para que se decida sobre proposiciones de caducidad o de cosa juzgada, que al inicio del proceso eran inviables, antes

de la reforma, con lo que se generaba desgaste del aparato judicial y también de los actores del proceso.

Debe destacarse que en la forma como se redactó la norma, quedó un vacío en lo que se refiere a la decisión sobre la excepción de cosa juzgada, en la medida en que no se reiteró el carácter mixto de la misma, como sí se hizo en el artículo 19 de la Ley 712 de 2001. A fin de llenar ese vacío, deberá acudir a la exposición de motivos que inspiró la reforma, para darle el alcance que se pretendía, en el sentido de que el juez está facultado para resolver sobre dicha excepción como previa, si está demostrada, independientemente de si se ha propuesto como excepción previa ó de fondo.

De otra parte, se conserva lo que la Ley 712 de 2001 contemplaba para dar impulso al principio de economía procesal y de concentración de la prueba, en la medida en que si el demandante tiene que contraprobar debe presentar las pruebas allí mismo, en audiencia.

2.- INCIDENTES

Respecto del trámite de incidentes, artículo 37 del C. P. T y S.S., la reforma se circunscribe a la redacción anterior, sin tener en cuenta que muchos asuntos que son accesorios al proceso surgen con posterioridad a la audiencia de conciliación y que por ende, requieren ser propuestos y decididos antes de dictar sentencia o aún después de ser dictado el fallo, porque ameritan ser resueltos en dicho momento procesal. Si bien es cierto que se quiere imprimir perentoriedad en las normas de procedimiento laboral, no se les puede volver en tal manera restrictivas, que en últimas termine desconociéndose con ellas la ocurrencia después de haberse tramitado la audiencia de conciliación, de cuestiones accesorias al proceso y que requieren ser atendidas a través de la figura del incidente.

Se relaciona con ese punto un pronunciamiento de la Corte Constitucional en donde se expresa que: *“ En lo referente a la oportunidad para proponer los incidentes, principio de preclusión que los informa, antes aludido, que obliga a formularlos en la primera audiencia de trámite, por los motivos existentes en esa oportunidad, no puede interpretarse en el sentido de que incidentes autorizados por la ley, que se originen en motivos sobrevinientes a la señalada oportunidad legal, no puedan ser sustanciados posteriormente. Si bien es cierto que no se prevé expresamente el caso de incidentes por motivos sobrevinientes a la primera audiencia tantas veces referida, a más del fin contenido en la norma, el código especial remite a la interpretación analógica de disposiciones del C. de P. C.”*.[5]

Es imperativo que en situaciones como estas, en que el legislador impone restricciones a expensas del debido proceso, el juez asuma un papel protagónico, como director del proceso, dejando su impronta en la solución, acudiendo a la hermenéutica y por qué no, al precedente judicial.

Otro punto de la reforma en cuanto a los incidentes, es que con ella desaparece la posibilidad de practicar una audiencia incidental con el objeto de recibir pruebas, ya que como se señaló, la parte que promueve el incidente debe aportar en la audiencia las pruebas del fundamento fáctico de éste.

3.- PRINCIPIOS DE ORALIDAD Y PUBLICIDAD

Estos dos principios se reafirman, en cuanto se transcribe prácticamente lo señalado en el artículo 21 de la Ley 712 de 2001 que modificó el artículo 42 del C. T y S.S. al consagrarse en el artículo 3 de la Ley 1149 de 2001 que *“Las actuaciones judiciales y la práctica de pruebas en las instancias se efectuarán oralmente, en audiencia pública, so pena de nulidad, salvo las que expresamente señalen la ley y los siguientes autos.....”*

De acuerdo con lo anterior, se puede decir que no desaparece del todo, la obligatoriedad de registro escrito. Habrá entonces actuaciones que se realicen por fuera de audiencia, y otras, que por expresa prohibición de la ley se adelanten en audiencia, prevaleciendo lo oral sobre lo escrito, tal como lo señaló en su oportunidad la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, al manifestar lo siguiente: *“Universalmente admitidos se encuentran como principios fundamentales del proceso de la oralidad y el de la escritura, sin ser excluyentes, pero con primacía del uno sobre el otro. Como principios rectores requieren su observancia para validez y eficacia del acto pues quedan comprendidos dentro de las formas del procedimiento...”*[6]

4.- AUDIENCIAS

Llama la atención el artículo 4 de la reforma que modificó el artículo 44 del C. P. T y S.S. al reducir el número de audiencias, ya que antes se contaba con cuatro audiencias de trámite y una de juzgamiento. Hoy, presuntamente para dar cumplimiento a los principios de celeridad y economía procesal se ha pasado a tener dos audiencias, la primera denominada audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones y fijación del litigio y la segunda denominada, audiencia de trámite y juzgamiento.

Es posible que el legislador haya considerado necesario reducir el número de audiencias para dar celeridad al proceso ordinario, sin pensar que podía estar sacrificando la calidad de las sentencias, por la cantidad de procesos llevados a término. Esta Inferencia puede ser una predicción según la óptica con que se mire, pues si la celeridad del proceso radica en que los actos procesales se agoten en dos audiencias, estará en manos del juez, con las facultades que la ley le concede, preservar el debido proceso, proyectando sentencias de calidad. Al respecto, cabe citar, entre otras disposiciones, las señaladas en el Artículo 3, parágrafo 2°. *“El juez limitará la duración de las intervenciones de las partes y de sus apoderados, respetando el derecho a la defensa”*, de dirigir el proceso, Artículo 8°. *“Rechazo de pruebas y diligencias inconducentes. El juez podrá, en decisión motivada, rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito. En cuanto a la prueba de testigos, el juez limitará el número de ellos cuando considere que son suficientes los testimonios recibidos o los otros medios de convicción que obran en el proceso”*, Artículo 9° *“Comparecencia de las partes. El juez podrá ordenar la comparecencia de las partes a las audiencias a fin de interrogarlas libremente sobre los hechos controvertidos; la renuencia de las partes a comparecer tendrá los efectos previstos en el Artículo 77. Por su parte, la academia, estará en obligación de reforzar la formación jurídica de sus egresados, no sólo en temas de orden sustancial sino procedimental, como el manejo de la prueba y la teoría de la argumentación entre otros, para hacer operante la norma y lograr de esta manera su real propósito, que es la justicia pronta y eficaz.*

En la medida que el juez practique las pruebas directamente, haga uso de su facultad oficiosa entre otras facultades y las partes se limiten a solicitar pruebas conducentes a saber interrogar y contra interrogar, obrar con lealtad en proceso, allegando las pruebas anticipadas que tengan en su poder y desarrolle su capacidad de argumentar y contra argumentar, se logrará sustanciar el proceso bajo el imperativo normativo de la práctica de dos audiencias públicas en el proceso ordinario.

En consonancia con el Artículo 4, el Artículo 5 de la Ley 1149 de 2007 modifica la fijación de las audiencias de la siguiente manera: *“Antes de terminar la audiencia el juez señalará fecha y hora para efectuar la siguiente; esta deberá ser informada mediante aviso colocado en la cartelera del Juzgado en un lugar visible al día siguiente. Las audiencias no podrán suspenderse, se desarrollarán sin solución de continuidad dentro de las horas hábiles, hasta que sea agotado su objeto, sin perjuicio de que el juez como director del proceso habilite más tiempo. En ningún caso podrán celebrarse más de dos (2) audiencias”*.

En ese aspecto, la práctica judicial ha mostrado desde una mirada retrospectiva, que son muchos los factores que se conjugan para lograr evacuar el material probatorio y que lograrlo hoy en una sola audiencia en la que además se deba escuchar las alegaciones y dictar fallo, lleva inevitablemente a que por criterio del juez, la audiencia de trámite se difiera en el tiempo, a fin de lograr la totalidad de sus propósitos.

Es importante destacar con relación al punto anterior el tratamiento que se dio a la audiencia de “conciliación, decisión de excepciones, saneamiento y fijación del litigio” en la reforma, en la medida en que ella fue asunto de primordial interés en la reforma anterior, Ley 712 de 2001. Esta figura tomada del procedimiento civil, permite dar aplicación a los principios de inmediación, concentración y economía procesal. Esta institución cumple cinco funciones, las cuales relaciona Fabián Vallejo: “conciliadora, saneadora, abreviadora, ordenadora, de intermediación y comunicación”[7]. En la reforma no tuvo modificación sustancial, toda vez que el legislador lo único que hizo fue establecer un término perentorio al Juez para fijar la fecha de su práctica, que no podrá superar los tres meses contados a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, sin establecer alguna consecuencia en el caso de que el Juez no cumpla con ese término.

Este artículo fue objeto de demanda por inconstitucionalidad.

Reza el Artículo 11 lo siguiente:

ARTÍCULO 11. El Artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el Artículo 39 de la Ley 712 de 2001, quedará así:

Artículo 77. *Audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio. Contestada la demanda principal y la de reconvención si la hubiere, o cuando no hayan sido contestadas en el término legal, el juez señalará fecha y hora para que las partes comparezcan personalmente, con o sin apoderado, a audiencia pública, la cual deberá celebrarse a más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de notificación de la demanda.*

Para efectos de esta audiencia, el juez examinará previamente la totalidad de la actuación surtida y será él quien la dirija.

En la audiencia de conciliación se observarán las siguientes reglas:

Si alguno de los demandantes o de los demandados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

*Si antes de la hora señalada para la audiencia, alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para celebrarla, la cual será dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha inicial, **sin que en ningún caso pueda haber otro aplazamiento.....**”*

La parte que está en negrilla fue demandada ante la Corte Constitucional. Al corresponder al Ministerio Público establecer si la decisión del legislador de no permitir otro aplazamiento de la audiencia de conciliación en los procesos laborales cuando sobrevenga una justificación de ausencia de la parte que no solicitó la postergación de dicha audiencia, se desconoce el orden justo y el principio de igualdad, el Procurador se pronunció solicitando se declarase la exequibilidad de la expresión demandada, en los siguientes términos: “*Es así, que la expresión demandada fija un criterio meramente procesal a efectos de evitar el aplazamiento indefinido de la audiencia de conciliación, que bajo ninguna circunstancia coarta la libertad del juez de hacer valoraciones con base en situaciones objetivas, respecto de que eventualmente considere el aplazamiento por segunda vez de la audiencia de conciliación, cuando observe que su negativa pueda causar una seria afectación de los derechos fundamentales de las partes o sus apoderados*”[8].

Trae este mismo artículo como novedad, la notificación por aviso, de la fecha y hora en que se realizará la audiencia, lo cual riñe con las normas que rigen la oralidad, en donde se entiende que el juez notifica por estrados el auto que fija fecha y hora para la práctica de la siguiente audiencia, desplazando la notificación por estado (excepción a la regla general), en el evento de que alguna de las partes no asista a la audiencia.

Otro de los aspectos que debe resaltarse, es el relacionado con la práctica de las audiencias. No es algo nuevo, el hecho de que sólo se debe elevar acta de audiencia, para dejar constancia de quienes intervinieron y que toda actuación debe quedar registrada en medio magnetofónico, video o similar, habida cuenta que la ley 712 de 2001 hace alusión a la tecnología en el proceso ordinario de única instancia, si las partes tienen los recursos, y siendo además potestativo del juez utilizar dicho recurso. Dispone el Artículo 73 del C. P. T y S.S. “*Cuando así ocurra, en el acta escrita se dejará constancia únicamente de quiénes intervinieron como partes, apoderados,*

testigos y auxiliares de la justicia, de los documentos que se hayan presentado, del auto que en su caso haya suspendido la audiencia y ordenado reanudarla y se incorporará la sentencia completa que se profiera” Sin embargo, el Artículo 46 sobre actas y grabación de audiencias se modificó y el nuevo texto consagró lo siguiente: “Las audiencias serán grabadas con los medios técnicos que ofrezcan fidelidad y seguridad de registro, los cuales deberán ser proporcionados por el Estado, o excepcionalmente, con los que las partes suministren. Si la audiencia es grabada, se consignará en el acta el nombre de las personas que intervinieron como partes, apoderados, testigos y auxiliares de la justicia. El acta será firmada por el juez y el secretario y de ella hará parte el formato de control de asistencia de quienes intervinieron.

Cualquier interesado podrá solicitar una copia de las grabaciones o del acta, y para su obtención deberá proporcionar los medios necesarios para ello. En ningún caso se hará la reproducción escrita de las grabaciones. Las grabaciones se incorporarán al expediente”.

Cabe entonces frente a una integración normativa, para evitar nulidades procesales, inferir, que tanto en los procesos de única, como de primera instancia, queda proscrito suscribir actas de audiencia en donde se relaten todas las actuaciones (como ocurre hoy en la práctica judicial), incluyendo la sentencia, y sólo se levante acta firmada por el Juez y el secretario, simplemente para que quede constancia de quiénes intervinieron.

Es evidente que el legislador no quiere desligar del todo en el proceso ordinario el procedimiento escrito, pues la demanda, la contestación de la demanda, excepto en el proceso ordinario de única instancia, en donde la demanda puede presentarse de manera verbal o escrita, se conserva el medio escrito, e incluso en la práctica, los jueces, y los sujetos de la relación jurídica procesal, no están acostumbrados a tramitar procesos dentro el estricto marco de la oralidad y mucho menos en disposición, aunque la norma así lo prevea, de tramitar procesos cuyo título base de recaudo ejecutivo sea por ejemplo una cinta magnetofónica, de video o CD.

Respecto a la audiencia de trámite y juzgamiento en primera instancia, el legislador en procura de reforzar los principios de economía procesal, celeridad y concentración de las actuaciones procesales establece que en dicha audiencia, *“el juez practicará las pruebas, dirigirá las interpelaciones o interrogaciones de las partes y oírás las alegaciones de estas. Los testigos serán interrogados separadamente, de modo que no se enteren del dicho de los demás. En el mismo acto dictará la sentencia correspondiente o podrá*

decretar un receso de una (1) hora para proferirla y se notificará en estrados". Se hace inevitable reflexionar acerca de la valoración probatoria que haga el juez de las pruebas practicadas en el proceso, ya que siendo éstas el soporte del fallo, podría dar lugar a sentencias erradas, que desconozcan flagrantemente los derechos de las partes. Consideramos que se le está restando importancia a la sentencia como acto procesal definitorio de los derechos de quienes acuden a la administración de justicia y más protagonismo a la celeridad de la justicia bajo el estricto marco de la oralidad y publicidad que informa a casi todas las actuaciones procesales.

En cuanto a la Audiencia de trámite y fallo en segunda instancia, se señala que: *"Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el Artículo 83. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación. Cuando se trate de apelación de un auto o no haya pruebas que practicar, en la audiencia se oirán los alegatos de las partes y se resolverá el recurso"*.

Con este artículo desaparece el término de 5 días que se daba a las partes para presentar los alegatos o solicitar la práctica de pruebas decretadas en primera instancia, las cuales no pudieron ser practicadas sin culpa de la parte interesada. Igualmente desaparece el término de 20 días para proferir fallo de segunda instancia.

Es evidente que dentro del marco de la oralidad y la economía procesal, la reforma en lo que a este aspecto se refiere, busca dar celeridad al proceso en segunda instancia, en la medida en que se concentra en una sola audiencia, la presentación de alegatos, práctica de pruebas si hay lugar a ello, y fallo.

5.- NOTIFICACIÓN DE PROVIDENCIAS

Otra modificación sustancial que hace la Ley 1149 de 2007, es la relacionada con la notificación de providencias. Toda vez que de la redacción de la norma se colige, que toda providencia que se dicte en cualquiera de las dos audiencias quedará notificada por estrados, así el demandante o demandado no asistan a la audiencia. Opera un cambio fundamental en esta materia, por cuanto se derogó expresamente el numeral primero del literal c del Artículo 41 del C. P. T. y S. S que disponía que los autos interlocutorios y de sustanciación dictados en audiencia se debían notificar por estado a la parte que no haya asistido a la misma.

6.- JUEZ DIRECTOR DEL PROCESO

Se enfatiza en la reforma en el principio del Juez como director del proceso, en el Artículo 7 de la ley 1149 de 2007, que modifica el Artículo 48 del C. P. T y S. S, en la medida en que lo compele a traducir esa dirección mediante la adopción de *“las medidas necesarias para garantizar los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite”*. Dicho principio se hace efectivo, entre otras cosas, con la potestad que tiene el juez de dar impulso oficioso al proceso, rechazar pruebas y diligencias inconducentes, decretar pruebas de oficio y ordenar la comparecencia de las partes a las audiencias con el fin de interrogarlas libremente sobre los hechos controvertidos (Artículos 30 C. P. T y S. S. inciso 1 y 2 modificado por el Artículo 17 de la Ley 712 de 2001, Artículo 53 modificado por el Artículo 8 de la Ley 1149 de 2007, 54 y 59 del C. P. T y S. S. modificado por el Artículo 9 de la Ley 1149 de 2007).

Los jueces laborales amparados en tan noble investidura están llamados a tomar decisiones en derecho, respetando los intereses de las partes, atendiendo oportunamente sus solicitudes legales. Tiene la obligación especial de buscar y establecer la verdad real haciendo pleno uso de sus poderes y facultades de conformidad con los principios y las normas que rigen el procedimiento laboral.

7.- RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIAS

El tema debe abordarse desde dos aspectos: primero, la oportunidad para interponer el recurso, y segundo, en lo que se refiere a su sustentación.

Respecto a la interposición del recurso, el Artículo 11 de la reforma señala lo siguiente: *“Serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria; interpuesto el recurso el juez lo concederá o denegará inmediatamente”*. Si la apelación se dirige contra una sentencia que se ha proferido en audiencia como es la regla general, salvo las excepciones que la ley contempla, como éstas se notifican por estrados sin interesar si están presentes o ausentes las partes, el recurso se formula dentro de aquella y el juez debe resolver allí mismo sobre su procedencia. Vemos entonces que precluye para la parte que no asista a la audiencia de fallo la oportunidad de apelar.

Antes de la reforma analizada, cabía la posibilidad para la parte que no asistió, de interponer el recurso de apelación por escrito, dentro de los tres días siguientes de haberse proferido el fallo, teniendo el juez dentro de los dos días siguientes, la oportunidad para concederlo o negarlo. En criterio del doctrinante José María Obando Garrido, el Artículo 66 del C. P. L. y S.S. afirma *“que las sentencias de primera instancia podrán apelarse de dos maneras 1) de palabra, en el acto de notificación por estrado, y 2) en forma escrita dentro de los tres días siguientes a esa misma notificación. Las sentencias laborales, según mandato del Artículo 81 del C. P. L y S. S. no pueden notificarse por estados ni por edicto, sino en los estrados del juzgado laboral que profiere el fallo, salvo los de casación, anulación, revisión y fuero sindical de segunda instancia que se notifican por edicto; de tal suerte que desde la fecha de la sentencia empieza a correr el término para interponer el recurso de apelación; de lo contrario, si no se aprovecha este plazo, queda ejecutoriada definitivamente” [10].*

En cuanto a la sustentación del recurso, antes de la reforma, si la apelación era interpuesta dentro de la audiencia, el juez debía concederlo o negarlo inmediatamente, por lo cual forzosamente el interesado debía sustentarlo en audiencia a fin de que fuera concedido. Si por el contrario se interponía el recurso por fuera de audiencia, tanto el recurso como su sustentación debían ser presentados por escrito, y en todo caso, la sustentación debía hacerse dentro de los dos días siguientes a la interposición, o sea el término que el Código de Procedimiento Laboral otorga al juez para conceder o denegar la apelación interpuesta fuera de audiencia, lo cual no obsta para que en el escrito de interposición de la apelación se haga la sustentación.

Hoy, la redacción de la norma nos permite colegir que no basta la simple manifestación de apelar que de viva voz hace la parte, sino que, además, deberá sustentar el recurso allí mismo, a fin de que el Juez lo conceda o deniegue, atendiendo a los criterios de procedencia, oportunidad e interés para interponerlo.

8.- LA CONSULTA COMO GRADO DE JURISDICCIÓN

En cuanto a la consulta como grado de jurisdicción, que en palabras de Fabián Vallejo Cabrera *“es la revisión oficiosa que la ley establece con el fin de proteger en forma inmediata los derechos irrenunciables del trabajador o el patrimonio público, y en forma mediata la ley que en ambos casos es de orden público”*[9], la reforma modifica el Artículo 69 de C. P. T. y S. S, señalando que procederá en sentencias de primera instancia cuando ésta

sea totalmente desfavorable al trabajador, agregando a quienes tienen la calidad de afiliado o beneficiario, en cuyo caso se extenderá la consulta. Igualmente amplía la consulta a las sentencias que sean adversas a entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, debiéndose en este caso informar al Ministerio del Ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Esa redacción taxativa en este último caso excluye la consulta a favor de entidades descentralizadas como los establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, ya sean del orden nacional o regional, salvo que la Nación sea su garante.

9.- FRENTE A LA ANALOGÍA

Impacta que la reforma no haya tocado uno de los aspectos más relevantes, como es la aplicación analógica que hace el código de Procedimiento laboral y de seguridad social en su Artículo 145 al Código de Procedimiento Civil señalando que: *“A falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo, se aplicarán las normas análogas de este decreto, y, en su defecto las del Código de Procedimiento Civil”*. Olvidaron los legisladores que el origen del procedimiento laboral fue la respuesta a la necesidad de dejar a un lado los postulados que informan el Derecho Procesal Civil, con el objeto de garantizar al trabajador quien es el extremo de la relación jurídica procesal más débil no sólo desde el punto de vista económico sino probatorio, el acceso a la justicia en igualdad de condiciones con la contraparte más fuerte que es el empleador. Lo que se buscaba era superar la paradoja jurídica que mientras el derecho sustantivo laboral creaba un sistema jurídico de excepción a favor del trabajador subordinado, el derecho procesal permanecía ajeno e impasible, cimentado en los principios propios de un sistema individualista de derecho común, lo cual frenaba las conquistas consagradas por el Derecho del Trabajo, que en últimas solo se hacían tangibles a través de la constitucionalización de este derecho.

Es importante recordar como lo señala en su artículo Apuntes preliminares sobre el plan nacional de reforma judicial, Nueva justicia siglo XXI del Ministerio de Justicia de la Nación, el argentino Horacio Schick, con especial referencia a la justicia del trabajo: *“El procedimiento laboral no es un fin en sí mismo, sino que debe ser vehículo del derecho sustancial, de su finalidad social; por lo tanto debe, estar dotado de normas acordes con los fundamentos, principios y particularidades del derecho del trabajo, en especial, su carácter protector. El proceso laboral actúa en una situación de*

medio a fin, por tanto, en la interpretación de las normas procesales no debe perderse de vista que el derecho procesal no vale por sí mismo, sino en la medida en que sirve a la actuación del derecho de fondo, y en el especial a sus principios”[11].

10. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA DE LA LEY

El artículo 15 establece el régimen de transición, señalando que “Los procesos iniciados antes de la aplicación gradual de la presente ley se continuarán tramitando bajo el régimen procesal anterior.

Dentro del año siguiente contado a partir de la promulgación de la ley, el Consejo Superior de la Judicatura adoptará y pondrá en práctica medidas especiales, suficientes para descongestionar los despachos judiciales laborales, en los procesos promovidos antes de la entrada en vigencia de la presente ley.

Dichas medidas deberán garantizar la descongestión de los despachos judiciales, en un término no mayor de dos años a partir de la promulgación de esta ley.

Quienes sean nombrados como jueces y magistrados, deberán ser especializados o expertos en derecho del trabajo o en seguridad social.

Artículo 17. Vigencia y derogatoria. La presente ley entrará en vigencia con su promulgación; y su aplicación se efectuará de manera gradual de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 16 de la presente ley; deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, especialmente el Artículo 38, el numeral 1 del literal c) del Artículo 41 modificado por el Artículo 20 de la Ley 712 del 2001 y los Artículos 81 y 85, modificado por el Artículo 42 de la Ley 712 de 2001, del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”.

Como se observa, se deben tomar las medidas necesarias, con fin de dar plena aplicación al sistema oral. Dentro de ellas, está la de crear despachos de descongestión. Por ejemplo, en ciudades como Bogotá, Medellín, Bucaramanga entre otras, en donde se nombraron jueces de descongestión con el fin de evacuar los procesos pendientes de fallo.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en comunicado del 21 de enero de 2008 manifestó lo siguiente: “ARRANCA LA ORALIDAD LABORAL CON 68 CARGOS DE DESCONGESTIÓN. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura también puso en

marcha una serie de medidas teniendo en cuenta que este año se inicia la Oralidad en materia Laboral en virtud de la Ley 1149 de julio 13 de 2007, y por medio de los cuales se pretende fallar este año 37 mil procesos represados impactando en un 35% la jurisdicción Laboral.

El Magistrado Torres Corredor dijo que por ello la sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ha adoptando diversas medidas de descongestión como parte de la transición de los juzgados laborales hacia la oralidad, que cuentan con unos 150 mil procesos.

Es así como en la semana pasada creó transitoriamente los siguientes despachos judiciales de descongestión: 11 juzgados en Bogotá, 6 en Medellín, 3 en Cali, 2 en Barranquilla y dos juzgados laborales de descongestión más para Armenia y Bucaramanga.

Igualmente se crearon 46 cargos de descongestión en los Tribunales Superiores de Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura también creó transitoriamente 12 cargos de magistrados de Descongestión, en las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla.

Adicional a estas medidas se aprobó el fortalecimiento de la Jurisdicción en varios juzgados laborales del territorio nacional, mediante la creación de juzgados laborales con carácter permanente, así: 9 en Bogotá y 12 para Medellín, Cali y Barranquilla, (4 juzgados en cada ciudad). Estos 68 despachos judiciales iniciarán como juzgados piloto de la oralidad laboral.

También aprobó la Sala Administrativa el fortalecimiento de las correspondientes Salas Laborales, mediante la creación de 11 despachos de magistrados con carácter permanente en Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla”. [12]

En cuanto a la asignación de recursos para hacer efectiva la oralidad, el Artículo 16, señala lo siguiente: “La implementación del sistema oral en la especialidad laboral se hará en forma gradual en un término no superior a cuatro (4) años, a partir del primero (1°) de enero de 2008. El Gobierno Nacional hará la asignación de recursos para la financiación de dicha implementación en cada vigencia.”

Es decir, que debemos esperar al año 2011, para que el sistema oral se desarrolle en toda su dimensión y será a partir de este momento que podremos hacer un balance de si esta reforma que le apuesta al sistema oral como forma de agilizar y descongestionar la administración de justicia funciona ó fracasa, como sucedió en Ecuador, Chile y Brasil, tal como lo señala en su artículo el abogado laboralista, Humberto Jairo Jaramillo “*El derecho procesal del Ecuador ya mostró los fracasos de la oralidad en un solo acto; en Brasil, tampoco tuvo aplicación la oralidad única o total; se requiere la mezcla para que quede historia para la instancia superior y la ejecución, Chile, tomando la experiencia de Colombia, regula el proceso de oralidad, para iniciar en mayo de 2008, segundo aplazamiento de inicio, con sentencia escrita después de la realización de las pruebas.*” [13]

CONCLUSIÓN

Se evidencia, frente a la actual reforma, la intención por parte del legislador y del gobierno nacional, de dar solución a la congestión judicial, sin atender a la necesidad sentida de una justicia pronta cuyo fin responda a la realización efectiva de los derechos de los trabajadores, y no al seguimiento de una tendencia en el derecho.

El sistema oral en el proceso laboral no es algo novedoso, no podemos creer que si suprimimos lo escrito y concentramos las actuaciones en solo dos audiencias vamos a lograr descongestionar el aparato judicial. A lo que realmente le debemos apostar sin necesidad de reformas, es a la capacitación de los jueces y los litigantes, para que no sigan desconociendo los principios que orientan el sistema procesal laboral. Para ello es necesaria la participación de la academia, que desde sus campos de práctica logre inocular a sus pasantes con los conocimientos en derecho sustantivo, aquellos en materia probatoria y de teoría de la argumentación a fin de lograr agilidad en las actuaciones judiciales, y de esta manera cumplir con uno de los objetivos de la justicia laboral, cual es el de proteger los derechos irrenunciables de los trabajadores y hacer efectiva la realización de los mismos de manera oportuna.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- 1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Auto de Octubre 19 de 1981.
- 2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 10 de febrero de 1983.

- [5] Sentencia No. C-429/93, Octubre 7 de 1999. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz
- [6] Sentencia del 18 de febrero de 1994. Referencia: Expediente 5934. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. M. P. Dr. Ramón Zúñiga Valverde.
- [7] VALLEJO, Fabián. “La Oralidad laboral”. Cit, pág. 279.
- [8] Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 11 (parcial) de la Ley 1149 de 2007. Actor: Jairo Alberto Baquero Prada. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Treviño. Expediente No. D-6936. Concepto No.4414.
- [9] VALLEJO, Fabián. “La Oralidad laboral”. Cit, pág. 214.
- [10] OBANDO Garrido José María. “Derecho Procesal Laboral”. Cuarta edición Ley 712 de 2001. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá 2003. Página 360.
- [11] SCHICK Horacio. “Apuntes preliminares sobre el plan nacional de reforma judicial. Nueva justicia siglo XXI del Ministerio de Justicia de la Nación, con especial referencia a la justicia del trabajo” Asociación de abogados laboristas. Trabajos y Publicaciones. Buenos Aires, 20 de Septiembre de 1999.
- [12] Comunicado del 21 de enero de 2008. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. www.ramajudicial.gov.co
- [13] JARAMILLO Humberto Jairo. “Comentarios a la Ley 1149 de 2007, Para Hacer Efectiva La Oralidad En El Proceso Laboral”. humbertoja@une.net.co

BIBLIOGRAFÍA

SCHICK Horacio. “Apuntes preliminares sobre el plan nacional de reforma judicial. Nueva justicia siglo XXI del Ministerio de Justicia de la Nación, con especial referencia a la justicia del trabajo” Asociación de abogados laboristas. Trabajos y Publicaciones. Buenos Aires, 20 de Septiembre de 1999.

VALLEJO Fabián. La Oralidad laboral, Teoría-Práctica y Jurisprudencia. Derecho procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Páginas 214, 279.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11 (parcial) de la Ley 1149 de 2007. Actor: Jairo Alberto Baquero Prada. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Treviño. Expediente No. D-6936. Concepto No.4414.

Corte Constitucional, sentencia No. C-429/93. Octubre 7 de 1999. M. P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Auto de octubre 19 de 1981.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 10 de febrero de 1983.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 18 de febrero de 1994. Referencia: Expediente 5934. M. P. Dr. Ramón Zúñiga Valverde.

El conocimiento fuente
de regulación y
poder socio - cultural

Salvador Díaz Amado

EL CONOCIMIENTO FUENTE DE REGULACIÓN Y PODER SOCIO - CULTURAL

AUTOR: Salvador Díaz Amado
DIRECCION: Diamador@gmail.com
FECHA DE RECEPCION: abril 2008

RESUMEN: El conocimiento se posiciona, en la actualidad, como un nuevo sistema de poder. Una de las alternativas para apropiarse del mismo no está en la saturación de la información, sino en la construcción de un filtro mental que permita la reconfiguración del pensamiento para abordar el saber, la técnica y el conocimiento. El surgimiento de una nueva cultura es el primer paso hacia la modernidad, en tanto que es una visión distinta de pensar la sociedad y el de asumir una postura crítica y deliberante de la realidad.

PALABRAS CLAVE: Conocimiento, Poder, Mentalidad, Saber, Técnica, Ciencia, Cultura y Modernidad

ABSTRACT: Nowadays, knowledge has become a new system of power. One of the alternatives offered to acquire knowledge, is not to get saturated with information but to build a metal filter in order to allow the reconfiguration of the thinking process to approach knowledge and technique. The rising of a new culture is the first step towards modernity as it is a different vision of thinking about society assuming a critical and deliberative point of view about reality.

WORDS KEY: Knowledge, power, mentality, technique, science, culture and modernity.

El conocimiento fuente de regulación y poder socio - cultural

Salvador Díaz Amado

INTRODUCCIÓN

La evolución en el pensamiento como forma de producir conocimiento nos ubica en un cambio de época. El auge de poder para generar progreso y desarrollo radica actualmente en el conocimiento. Independientemente de los estigmas o prejuicios acerca del desarrollo o subdesarrollo, si estamos al Norte o al Sur, si contamos o no con suficientes recursos humanos, financieros o materiales; es la generación de un nuevo conocimiento y no la mano de obra no calificada, los símbolos y no los recursos, los que producen un desarrollo tangible que replantea y fortalece los procesos económicos; sumado a esto la adquisición, utilización, producción y deconstrucción del conocimiento han modificado las estructuras que generan riqueza y en consecuencia, las condiciones de vida de la sociedad contemporánea.

Siguiendo a H.Giroux: de ésta manera, “resulta medular la comprensión del modo en que el conocimiento y la experiencia se estructuran alrededor de formas particulares de regulación intelectual, moral y social dentro de las diversas relaciones de poder que caracterizan a las escuelas, las familias, los lugares de trabajo, el estado y otras esferas públicas importantes”¹.

EL CONOCIMIENTO, PODER CULTURAL DE SIGNIFICACIÓN

El capital humano se está posicionando en la aldea global como elemento dinamizador de la sociedad, éste logra realizar de forma vertiginosa profundos cambios y transformaciones de naturaleza social y cultural. La población colombiana, vista como un crisol de culturas está tomando conciencia de que la tecnología en sí misma es generadora de procesos de

¹ Henry Giroux, La escuela y la lucha por la ciudadanía, Mexico, Siglo XXI, 1993, p.61.

influencia educativa sobre el conjunto de la sociedad y sobre la persona en toda su dimensión.

El sinnúmero de hechos, signos, nociones y fórmulas que antes el ser humano tenía que aprender de forma memorística y a su vez limitada, hoy se encuentran en el mundo digital a un solo click al ofrecer mayor dinamismo, interactividad, almacenamiento y procesamiento de la información y por extensión, puestas al servicio de la educación. La constitución de un nuevo sujeto que aproveche de forma creativa y eficiente el conocimiento al representar categorías mentales de apropiación selectiva, transformadoras, de comprensión y de proyección de aspectos de la propia experiencia al conjugar sus conocimientos en su proceso formativo “dimensión subjetiva” le permite ubicarse en una ventaja competitiva.

En este sentido podemos indicar que la aparición y desarrollo de las NTIC han abierto las puertas a otro tipo de tecnología de almacenamiento y tratamiento de la información que tiene el potencial de integrar en sí misma todo tipo de lenguaje y de representación codificada de la información (textual, gráfica, icónica, auditiva ...) éstas no sólo tienden a la modificación y transformación de las tareas que realizamos con ellas, sino también tienen consecuencias sobre nuestra forma de percibir el mundo, de relacionarse e intervenir en él transformando sustantivamente nuestra vida social y cotidiana.

En un mundo globalizado enmarcado en la postmodernidad se requiere una mentalidad que parta no sólo de una conceptualización diversa de la ciencia que cuestione su realidad inmediata y la reformule por un macromundo infinito, abierto, sin patrones ni parámetros, que asuma una visión y una relación radicalmente distinta que nutra una nueva forma de pensamiento.

Para John Fiske, “todo sistema social necesita un sistema cultural de significación que sirva para mantenerlo, para desestabilizarlo o hacerlo más receptivo al cambio. Cultura [...] y significados [...] son, por tanto, inherentemente políticos. Están centralmente involucrados en la distribución y posible redistribución de las diferentes formas de poder social [...] Conocimiento es poder y la circulación del conocimiento es parte de la distribución social del poder. La capacidad discursiva para construir un sentido común que pueda insertarse en la vida cultural y política es central en las relaciones sociales de poder”².

²Citado por: Pablo Gentili, Michel Apple, Tomaz Tadeu da Silva (comp.), Cultura, política y currículo ensayos sobre la crisis de la escuela pública, Buenos Aires, Losada, 1997, p.30.

Esta concepción de lograr una reestructurada jerarquía social se traduce en la percepción de fortalecer un pensamiento que pueda objetar las verdades absolutistas al someter a debate cualquier observación y refutar a través de la argumentación nuevas posturas con la clara tendencia a identificar la plena formación del recurso humano para asumir el rol en la búsqueda de consensos, en la inquietud frente a la significación de los determinantes que la sustentan, para plantear la formulación de políticas y estrategias de cooperación institucional, la conformación de redes de información, el intercambio de experiencias para futuros aprendizajes hacia el mejoramiento de la política social.

Todo proceso de apertura mental a nuevas realidades evidencia las dificultades del proceso en sí mismo causados por la rigidez mental que nos mantiene cautivos y que no nos permiten tener otra mirada, que entorpece el diálogo constructivo entre los diferentes actores sociales responsables y que, por tanto, no nos permiten aprender.

La frecuencia con la cual enfrentamos el futuro con modelos del pasado, resulta un contrasentido; urge en cambio, realizar un inmenso esfuerzo por ser novedosos, emprendedores, creadores de mejores prácticas para que el gran capital del nuevo orden social sea el conocimiento y la formación del recurso humano, de la educación, la cultura y la ciencia y estos, a su vez, se consoliden y articulen como ejes primordiales del hecho educativo.

La nueva producción del conocimiento reconfigura o transforma los viejos paradigmas en el mundo del saber, en sus prácticas, teorías, e instituciones que tienen que ver con él, estas son reformuladas y reestructuradas en periodos cada vez más cortos. Siguiendo a M. R. Mejía (2006) “Se produce una transformación en la manera de entender lo científico. Las ideas de verdad y de totalidad son interrogadas y replanteadas, particularmente cuando éstas son contrastadas en los nuevos campos de experimentación que resultan de otros modos de concebir la investigación y de comprender la experiencia”³.

Por tanto, la educación no puede seguir desarrollándose en un espacio descontextualizado y lejos del campo productivo, la ruta que nos guía hacia la competencia es aceptar el cambio y hacerse innovador. En consecuencia se necesita adoptar procesos que generen un desequilibrio cognitivo para afrontar el gran cambio de paradigma o modelo de interpretación de la

3 Mejía, M.R. Educación (es) en la (s) globalización (es) Ediciones Desde abajo. Bogotá. 2006. p105.

realidad; este es el primer rol que se debe asumir para conducir los cambios actuales y los que nos acechan.

Igualmente se requiere a través de una mirada objetiva replantear las estructuras mentales para formular nuevos significados, lógicas, hechos, que alcancen ese entramado entre discurso y acción, entre teoría y práctica; así, entonces, la investigación tiene como fin lograr que los saberes y sus planteamientos epistemológicos abarquen los componentes vitales de la experiencia de la historia social como conectores determinantes de la dinámica humana.

No podemos desconocer el hecho de que los modelos de expansión internacional han cambiado abruptamente los indicadores de competencia. Ya no se puede vivir en un círculo cerrado, que sólo actúe con su tecnología y economía nacional sin abrir sus fronteras; sería obsoleto. Lo verdaderamente importante por mantener dentro de las esferas de un estado es su capital humano para evitar la fuga de dicho rubro y potenciar sus entes como vehículos de expansión y consolidación de la revolución científico-técnica que refleje la experiencia real, la de la sociedad global.

Así, en ese orden de ideas se puede afirmar en la modernidad que la acción de mayor valor es el recurso humano, en consecuencia los niveles de desarrollo no sólo se miran en relación del Producto Interno Bruto sino también en términos del Capital Humano Inteligente con el cual cuenta un estado; esto implica un diálogo múltiple con autores e interlocutores, desde diversas perspectivas históricas y teóricas para la formación de estructuras socioeconómicas y socioculturales globales interdependientes que puedan contribuir en la producción constante de conocimiento.

TENDENCIAS, RETOS Y DEMANDAS

El sentido social de la educación en lo relacionado a la comprensión del conocimiento como fuente de riqueza, se vislumbra desde varias perspectivas:

La elaboración de modelos sociales unida al mundo de lo simbólico como fuente ilimitada de riqueza aporta nuevas posibilidades de apertura y descentralización de la gestión de la educación; todo ello requiere multiplicidad de opciones y sentidos a un pensamiento complejo, incierto, investigativo con capacidad de abordar los diversos interrogantes de nuestra época. Debe manifestarse la producción de este conocimiento en la generación de una economía en expansión, en permanente cambio,

innovadora y competitiva. Se requiere un imperativo categórico, una mirada responsable que indague nuevos interrogantes y búsquedas, por medio de la utopía por desarrollar y experimentar discursos y prácticas portadoras de creatividad y experiencias significadoras.

La concordancia de los discursos y las prácticas derivan de una nueva división del trabajo. Aunque la denominación de las profesiones y de los oficios siga siendo la misma, los cometidos de los puntos de trabajo no lo son, debido a otras demandas y usos de la información. Actualmente se están haciendo grandes inversiones para generar procesos de reeducación al interior de varias organizaciones colombianas, porque el sector educativo no está cumpliendo con su misión de ayudar a formar personas más aptas para enfrentar las nuevas realidades globales.

Al percibir esta realidad, inocultable, algunas entidades públicas y/o privadas han reformulado los modelos educativos para articularlos con las necesidades del país de acuerdo con lo que se vive, se aproxima y se proyecta en el plano internacional y no como un sistema educativo aislado, estático, a priori, de la vida social y cultural.

Sumado a esto las instituciones educativas se caracterizan por no disponer un número adecuado de recursos, materiales y medios diversos, o cuando existen resulta tan difícil y costoso al profesorado trasladar y organizar en su aula alguna experiencia alrededor de estos medios que renuncia a su utilización. Dicho de otro modo, la inadecuación de las estructuras organizativas e infraestructurales de las instituciones es un factor que afecta negativamente las prácticas docentes dirigidas a propiciar una integración curricular de variadas tecnologías.

Pero la dificultad del uso de medios alternativos y variados en las instituciones educativas no sólo existe por problemas vinculados con la infraestructura organizativa de los medios. Existen factores culturales que inevitablemente ejercen su influencia sobre las formas de compartir los espacios y los medios disponibles. La cultura organizativa dominante en las instituciones se caracteriza por la fragmentación, el aislamiento, la individualidad, la ausencia de experiencias compartidas.

Para trascender este limbo cultural es preciso mantener un constante diálogo entre el sector productivo y el educativo orientado al análisis conjunto de los objetivos propuestos como modelo de desarrollo. Este nuevo paradigma se fundamenta como un proceso sistémico global que abarque

todo ese haber problemático social para enmarcarlo en una reaprensión democrática institucional abierta, cuestionadora, gestora y dinámica para subsanar las realidades que la sociedad reclama, necesita y reafirma en su afán visionario de consolidar nuevos modelos de concebir la sociedad.

El predominio de los valores y fines del mercado, unido a la versatilidad y complejidad en la generación de conocimiento nos impone la necesidad de buscar nuevos códigos, imaginarios que nos permitan interactuar e interpretar lo local y lo universal como cimiento material de la nueva sociedad para la interpretación del presente, la relectura del pasado y la imaginación del futuro, los cuales conforman el nuevo paradigma de la producción.

El conocimiento cobra valor cuando a partir de las conjeturas, del caos de la información se descubren significaciones, códigos, estructuras determinantes de un proceso inédito, novedoso, que rompa con el pasado, que abandona el saber tradicional sujeto a leyes universales y que sustente en el sentido más amplio del pensamiento inspirado en la ciencia, un progreso infinito en el conocimiento e ineludible mejoramiento social y moral.

El reto competitivo del estado en el próximo decenio debe estar orientado a posicionar como variable estratégica su talento humano el cual debe responder a las realidades competitivas con niveles de excelencia, exigencia y eficiencia en la producción y generación de desarrollo; estos indicadores serán los referentes que determinen el éxito o el atraso del sector educativo y productivo. Sumado a esto, el sector empresarial y el sector productivo deben asumir un protagonismo proactivo de educadores permanentes para que las instituciones educativas puedan construir un nuevo contrato social que pueda atender las demandas de la aldea global.

Aparece entonces un nuevo tipo de vinculación directa entre educación y empleo que determina otros parámetros de acceso al mercado de trabajo de aquellos que conforman la demanda laboral. Es en ese contexto donde pierden vigencia las labores mecanicistas que no generen optimización en los procesos de producción y mejoramiento de la calidad. Las demandas de la economía y los mercados laborales están destinadas a promover la competitividad económica, la reforma política institucional y educativa las cuales reafirman la estrecha relación entre lo global y lo local, el mercado, y más aún el papel de la sociedad civil y de la ciudadanía.

Abraham Magendzo (1996) nos hace ver que la naturaleza y profundidad de los cambios se ha extendido progresivamente: "una de las características de

nuestra época, es que el conocimiento se convirtió en factor productivo por excelencia, con fenómenos de concentración y acumulación tecnológica basados en la intensidad del conocimiento tecnológico”⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, los procesos de pensamiento redimensionan su capacidad de abstraer conceptos, lógicas, códigos, símbolos para abrir espacios de análisis donde el discernimiento, la experiencia, la innovación y el consenso apuntan a la resolución de problemas que en un momento dado correspondían solo a la escuela. Nuestro panorama, a veces incierto, nos remite a adquirir una corresponsabilidad integrada por parte de toda la sociedad, del sector empresarial, de las organizaciones, y por supuesto de la familia en su horizonte de proyección vital.

El valor agregado del conocimiento se caracteriza por generar asimetrías entre los aparatos que conforman el estado y la sociedad; esto determina un complejo sistema de poder ya que la ciencia y la tecnología no son nacionales sino globales; pero estos recursos no están al alcance de todas las clases sociales que conforman un país debido a su infraestructura, exclusión social y política estatal trayendo como consecuencia la consolidación de unos pocos sectores de gran riqueza y hegemonía, a costa del crecimiento de masas de miseria, o marginación.

[...] no habrá nunca un desarrollo social digno de ese nombre si se mantiene la dicotomía actualmente admitida entre lo económico y lo social, considerando lo económico intocable hasta en sus abusos y lo social, destinado solamente a compensar los estragos considerados intocables. (Comeliau, 1997, 30).

Los procesos de generación y difusión del conocimiento ameritan una sostenida expansión en los planteamientos que tienen que ver con las estrategias de crecimiento y desarrollo. Se infiere, entonces, lo que está en juego como demanda socioeducativa implica el acceso a conocimientos socialmente significativos en lo referente a (educación, ciencia y tecnología, competencia y desarrollo) elementos determinantes en el modelo económico de interacción internacional a fin de estar a la vanguardia en la potenciación de transformaciones e innovaciones con base en la eficacia de las habilidades aplicadas para mejorar la calidad de los niveles de producción y competitividad.

4 Magenzo, A. Currículo, educación para la democracia en la modernidad. Ed. Cargraphics S.A. Bogotá 1996. p. 45-48.

Se señala textualmente en el documento de la Cepal/Unesco (1992, p.17), que "... La difusión de valores, la dimensión ética y los comportamientos propios de la moderna ciudadanía, así como la generación de capacidades y destrezas indispensables para la competitividad internacional (crecientemente basada en el progreso técnico) reciben un aporte decisivo de la educación y de la producción del conocimiento en una sociedad. La reforma del sistema de producción y difusión del conocimiento es, entonces, un instrumento crucial para enfrentar tanto el desafío en el plano interno, que es la ciudadanía, como el desafío en el plano externo, que es la competitividad. Se entiende así que esta dimensión sea central para la propuesta de la Cepal sobre transformación productiva con equidad"⁵.

Trabajemos en lograr que ese proceso tenga como misión educar para pensar, vivir, ser y actuar buscando mejorar la capacidad productiva de los colombianos ya que es el único camino a largo plazo, para mejorar su calidad y promedio de vida. Teniendo en cuenta que el objeto del conocimiento es un proceso de construcción mental, se puede sostener que su propósito es entender mejor la realidad. En ese sentido nos dice Flórez, O. R. (2005) "de cualquier forma el conocimiento no es estático. Hay que entenderlo como un proceso dinámico en permanente desarrollo, en evolución. Como todo conocimiento es esquemático y parcial, siempre podemos realizar un nuevo progreso en el conocimiento"⁶.

Es necesario reformular los estilos tradicionales de enseñanza y gestión educacionales para propiciar nuevos enfoques en las estructuras educativas. En ese orden de ideas se presume que el maestro debe ser el protagonista activo de un aprendizaje constante y en niveles de abstracción cada vez más elaborados. Se requiere el cambio de discurso, de la palabra a la acción como elemento primordial del acto educativo. Se hace prioritaria la necesidad de articular efectivamente las demandas sociales, culturales, económicas y políticas con las reformas surgidas en educación y desarrollo para asimilar los procesos de cambio siendo estos uno de los ejes que contribuirían a marcar la pauta para que nuestra sociedad enfrente y afiance competitivamente el futuro.

La educación tendrá un papel cada vez más fundamental para lograr que esa adaptación se consolide a lo largo de toda la vida del individuo. El estudio de las formas simbólicas y las prácticas culturales desde el punto de vista de sus relaciones con el problema del poder reflejan según Ávila R. (2005) "las

⁵ Cepal/UNESCO 1992, p.17.

⁶ Flórez, O. R. Pedagogía del conocimiento. Segunda edición. McGraw-Hill. Bogotá. 2005. p7.

estructuras mentales y objetivas influyen sobre el sujeto, pero no son totalmente determinantes, no son totalmente coercitivas, no son totalmente dominantes, su influencia está mediada por el conjunto de categorías de percepción y apreciación, interiorizadas por una práctica social: la educación⁷.

Se sugiere que la academia debe replantear sus funciones ante el nuevo contexto social, que entre otros rasgos, se caracteriza por el predominio cada vez más acentuado de la cultura audiovisual. Por ello se puede afirmar que: más que transmitir información, la función educativa de la academia contemporánea debe orientarse a provocar la organización racional de la información fragmentaria recibida y la reconstrucción de las preconcepciones acríticas, formadas por la presión reproductora del contexto social, a través de mecanismos y medios de comunicación cada día más poderosos y de influencia más sutil.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con las anteriores referencias se puede decir que hoy más que nunca se debe hacer un alto en el camino para dar inicio a un ineludible cuestionamiento y replanteamiento de las áreas de conocimiento, de las disciplinas, de la forma de organizar y abordar el conocimiento científico. Con base en lo anterior todas las organizaciones que conforman el estado junto con todas las fuerzas sociales que tienen poder en el campo de la educación deben poner en marcha un plan de reorganización para combatir la educación de garaje vista como un negocio de explotación social, descontextualizado del mundo laboral, carente de procesos de acreditación y calidad.

También es necesario revisar el portafolio de ofertas educativas para subsanar la fragmentación de la realidad pedagógica en parcelas disciplinares distantes, las cuales están dificultando y entorpeciendo la elaboración de respuestas globales ante los nuevos problemas educativos (y de otro orden) generados en el seno de las sociedades de la información. Y la academia es la primera afectada.

En este sentido, una perspectiva comprometida con el cambio y mejora escolar requiere la necesidad de que la academia aprenda a compartir e intercambiar espacios tecnológicos en la ciencia, para producir un cambio de paradigma en una o varias ciencias al desequilibrar las estructuras

7 Ávila. P. R. Sujeto, cultura y dinámica social. Comp. Ed. Antropos. Bogotá. 2005. P.53.

científicas. Hacerlo desde esta perspectiva de innovación y mejora del rigor científico debe suponer un tipo de prácticas caracterizadas por la coordinación, intercambio y preparación conjunta entre el profesorado de experiencias y proyectos innovadores que, entre otros rasgos, persiguen una integración entre teoría, método y objetos de estudio que caracterizan el trabajo investigativo de una comunidad científica ávida de estos espacios y tecnologías.

En definitiva, el papel de la escuela en su reto de producir verdadero conocimiento, sería ayudar a formar ciudadanos más cultos, responsables y críticos ya que el dominio de los códigos culturales básicos de la modernidad se encuentra en la corresponsabilidad entre sus implicaciones lógicas y los resultantes de las acciones del mundo real. Se debe atender a una serie de mínimos que den origen a un proyecto común unificador de voluntades tal como: el respeto al otro, la aceptación de la diversidad, la participación democrática, para convertirse en el modo de relación vital de las personas con su entorno natural y social con el compromiso ineluctable de convertirse en una sociedad más humana.

BIBLIOGRAFÍA

ÁVILA, P. R. Sujeto, cultura y dinámica social, ediciones Antropos. Bogotá, 2005.

COMELIAU, C. Los retos de la globalización, Perspectivas (UNESCO), 101, vol. XXVII, 1 (marzo). 1997.

FLÓREZ, O. R. La pedagogía del conocimiento, segunda edición. McGraw-Hill. Bogotá. 2005.

GIROUX, H. La escuela y la lucha por la ciudadanía, México. Siglo XXI, 1993.

GENTILI, P, APPLE, M, TADEU da SILVA (comp.), Cultura, política y currículo, ensayos sobre la crisis de la escuela pública, Buenos Aires, Losada, 1997.

MAGENZO, A. Currículo, Educación para la democracia en la modernidad, ed. Cargraphics S.A. Bogotá, 1996.

MEJÍA, J. M. R. Educación (es) en la(s) globalizaciones. Ediciones Desde abajo. Bogotá 2006.