

IUSTITIA²

UBI NON EST JUSTITIA, IBI NON POTEST ESSE JUS

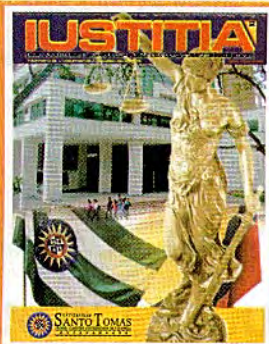
Número 2 - Volumen 2 - Agosto de 2003

ISSN 1692-9403



UNIVERSIDAD
SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
BUARAMANGA

FACULTAD DE DERECHO



DIRECTIVOS

Rector Seccional

Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez, O.P.

Vicerrector Académico

Fray Pedro José Díaz Camacho, O.P.

Vicerrector Administrativo-Financiero

Fray Jesús Antonio Ceballos Giraldo, O.P.

Decano de División Ciencias Humanas

Fray Ricardo Azael Escobar Delgado, O.P.

Director

Dr. Dilmar Ortiz Joya

Decano de la Facultad

Dra. Matilde Gómez Bautista

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Dilmar Ortiz Joya

Dra. Matilde Gómez Bautista

Dra. María Angela Tarazona Figueroa

Dr. Javier E. Castillo Cadena

Dr. Juan Carlos Mantilla Ronderos

Dr. Rodolfo Delgado Gamboa

EDITOR

Universidad Santo Tomás

DEPARTAMENTO DE COMUNICACIONES

Director

C.S. Oscar Castellanos Rodríguez

Diseño y Diagramación

D.G. Carlos Arturo Solano Pimiento

IMPRESIÓN

Litografía La Bastilla

Bucaramanga

Agosto de 2003

IUSTITIA es una publicación emanada del Comité de Trabajos de Grado de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga, cuyo objetivo primordial es el de presentar a la comunidad académica reflexiones sobre hechos y problemas de la vida jurídica, política, académica y educativa del país, como una forma de la expresión de las funciones básicas del establecimiento educativo: La docencia, la investigación y la proyección social.

Los artículos, conceptos y apreciaciones emitidas por los autores se hacen exclusivamente bajo su responsabilidad personal, constituyéndose en una muestra del pluralismo que nuestra Constitución Nacional obliga a respetar y por ello no compromete a la Institución ni al Comité de Trabajos de Grado de la Facultad de Derecho.

Facultad de Derecho

Universidad Santo Tomás

Campus de Floridablanca

Bucaramanga - Colombia

Tels: 6800801 exts: 2411 - 2412

CONTENIDO

Editorial	3
Una nueva andadura	5
Presentación de la revista	7
Semblanza del Dr. Humberto Rueda Silva	9
Conferencia Dr. Rafael Pardo Rueda El referéndum	11
La facultad y el proceso de autoevaluación	23
Derecho y religión	26
La constitución formal y la realmente existente	30
Quimera constitucional	42
Del régimen jurídico de las obligaciones que tienen por fuente al contrato administrativo	46
Extensión de la publicidad de los procesos contractuales como mecanismo para combatir la corrupción	63
Los contratos de prestación de servicios	66
El problema de formular el problema de investigación	73
La conciliación y la ley 794 de 2003 reforma al código de procedimiento civil	77
Del sistema acusatorio y el jurado de conciencia	80
La estafa: ¿Lucha de astucias o delito?	86
Requisitos legales esenciales para la contratación estatal y su aplicabilidad frente al artículo 410 del nuevo código penal	103
Eficacia e ineficacia de los actos procesales en el derecho penal	114
Jurisdicción y competencia en el código procesal del trabajo y de la seguridad social	116
El código del desplazamiento forzado	123
Publicaciones	128
Juricuriosidades desde internet	131
Notas sobre las diversas actividades ejecutadas por la Facultad de Derecho durante el primer semestre del 2003	135



Fray Antonio de Montesinos, O.P.
Defensor de los derechos humanos de los
indígenas del Nuevo Mundo

EDITORIAL

UBI NON EST JUSTITIA, IBI NON POTEST ESSE JUS "No puede existir derecho, donde no existe justicia"

Con la segunda edición de la revista de la facultad de derecho de la Universidad Santo Tomás, seccional Bucaramanga, "IUSTITIA", se continúa por el trasegar del conocimiento y el saber. Esta nueva publicación es un medio de divulgación jurídico-político fresco, dinámico, sencillo, ameno, pero serio en su contenido, que contribuye a la construcción de un pensamiento ligado a la realidad social de un país convulsionado día a día por la intolerancia y las ansias de poder sin medida ni razón. "No puede existir derecho donde no existe justicia" es el lema de la revista que hoy dejamos a su consideración en una nueva emisión, que por su claridad nos releva de comentario alguno.

- Desde éste espacio de divulgación, se presentan distintas vertientes del pensamiento, que tocan tópicos inquietantes para el medio académico que recoge en sus líneas la semblanza de aquella persona que se nos adelantó al camino del encuentro con la eternidad pero que dejó una huella indeleble en cada uno de nuestros corazones, el Dr. HUMBERTO RUEDA SILVA

Desde el poder legislativo se conoció la posición de uno de los participantes en un tema trascendental para el futuro político del país. EL REFERÉNDUM; mecanismo creado por el constituyente primario para reformar la carta política, pero que, no obstante su sencillez en la definición, logró tomar visos de complejidad e inaplicabilidad en un país lleno de obstáculos por el pensamiento retrógrado de la clase dirigente.

Teniendo en cuenta el marco constitucional, la facultad de derecho toma partido hacia la consecución de la "excelencia", alegoría de su gestor, el reverendo padre rector Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez, O.P., a través del proceso de AUTOEVALUACIÓN CON FINES DE ACREDITACIÓN, según las exigencias del C.N.A. (Consejo Nacional de Acreditación), mecanismo que busca de una u otra manera, clausurar las universidades de garaje y lograr la eficiencia en la búsqueda del conocimiento de los discentes, docentes y comunidad universitaria en Colombia.

Se pretende a través de un escrito (Derecho y Religión) plantear el dilema de los juristas del momento en la problemática de saber si el derecho es o no religión, toda vez que los teólogos tampoco han podido afirmar de manera categórica lo contrario.

Es interesante conocer cómo existen conspiraciones contra la voluntad de un país para autorregularse a través de una carta suprema que corresponda a las verdaderas necesidades, surgida como resultado natural de su propia cultura e idiosincrasia. El artículo "LA CONSTITUCIÓN FORMAL Y LA REALMENTE EXISTENTE" nos lleva de la mano a través de la anterior reflexión para deducir nuestras propias conclusiones.

Complementa la idea del artículo anteriormente referenciado, las líneas escritas por un ex - representante a la cámara baja del poder legislativo, el cual estando fuera del rodeo, crea su "QUIMERA CONSTITUCIONAL" con el fin de colocar en la mente de los lectores todas las vicisitudes que se dan en el campo político, económico, social, bajo su especial creación crítica del sistema político del país.

Es una constante por parte del gobierno nacional, el derrotar el engendro y mal de todos los males en las diferentes mutaciones que presenta, como lo es la CORRUPCIÓN, ingeniándose los mecanismos para combatirla, especialmente en la fuente de su alimentación, como lo son los procesos contractuales - administrativos, implementándose una extensión de la publicidad en dichos procesos como mecanismo para extinguir el flagelo corrosivo en las instituciones del estado.

La base del fenómeno de la corrupción son los apetecidos contratos administrativos, dentro de los cuales encontramos los contratos de prestación de servicios que fueron creados y entregados en principio a la administración como herramienta eficaz para ser utilizados en casos excepcionales y así evitar la parálisis y el funcionamien-

to en la prestación de un servicio, pero que con el tiempo, degeneraron en el principal manantial de donde bebe, sacia su sed y se fortalece la corrupción en el país.

Se presenta entonces EL PROBLEMA. Sí, "EL PROBLEMA DE FORMULAR EL PROBLEMA" en el inicio de un proceso investigativo digno de conocimiento, y se ilustra a través del escrito inmerso en la revista que no existe el problema de formular el problema y poder desemproblemarse porque se requiere un conocimiento sencillo, diáfano y ágil pero a la vez profundo, tratado con la inteligencia propia de su creadora.

De otra parte, la actualización en las áreas del saber, es el alimento diario de los que transitan por los senderos del discernimiento; es así que de manera práctica se plantea la problemática de uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como lo es la CONCILIACIÓN FRENTE A LA LEY 794 DE 2003 (reforma al Código de Procedimiento Civil). Igualmente, del sistema acusatorio implantado a través del acto legislativo No.03 de 2003, el cual hace revivir los jurados de conciencia y reafirma las bases del sistema acusatorio para llevar a cabo los juicios penales en Colombia.

Es así que la conducta delictiva que tendrá que endilgársele al vendedor callejero, (bajo la lucha de astucias o delito de estafa) como la estipulada en el artículo 410 del estatuto de las penas, (contrato sin cumplimiento de requisitos legales) deberá desarrollarse en el escenario, por ahora, de un sistema mixto (Inquisitivo-acusatorio), bajo LAS EFICACIAS o de pronto, LAS INEFICACIAS DE LOS ACTOS PROCESALES de llegar a presentarse en el decurso de un proceso penal, mientras llega el año 2005, fecha en la cual comenzará a regir para toda Colombia "el novísimo" sistema penal acusatorio y el juicio oral.

Y debemos seguir acostumbrándonos a la jurisdicción y competencia en materia de derecho procesal laboral, modificado por la entrada en vigencia de la ley 712 de 2002, con el único fin de resolver las situaciones problemáticas que presentan los sujetos de la relación laboral ante los operadores judiciales, en busca de una decisión pública y de efectos sociales para el conglomerado.

No se podía rematar este medio de difusión, sin tratar el tema de los desplazados en Colombia, a través del "CÓDIGO DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO", problema social que está tomando gran embergadura al punto de estar creciendo como aumentan las olas del mar en la

nocturnidad, pero con la diferencia de que la marea cuando aparece el astro rey tiende a volver a su estado normal y el problema social de los desplazados, víctimas de la irracionalidad de una pequeña parte de la gente buena de éste país, tiende a seguir aumentando, amenazando con desbordarse y sufrir todos las consecuencias nefastas que produce el paso de las enfurecidas aguas de un mar sin control.

Es dable terminar el presente editorial con una frase de FACUNDO CABRAL en un escrito titulado "No estás deprimido, estás distraído", con el fin de agradecer el apoyo incondicional en el anhelado proyecto de editar el segundo número de la revista "IUSTITIA" y reconocer el esfuerzo realizado por directivos, docentes, discentes y especialmente el desplegado por los integrantes del comité de proyectos de trabajos de grado de la facultad de derecho bajo mi coordinación, identificándonos con el fiel reflejo de su pensar: Reza así: "...El que hace lo que ama, está benditamente condenado al éxito, que llegará cuando deba llegar, porque lo que debe ser será y llegará naturalmente. No hagas nada por obligación ni por compromiso, sino por amor..."

Bucaramanga, agosto 14 de 2003

DILMAR ORTIZ JOYA

Director

UNA NUEVA ANDADURA

“La Facultad de derecho de la Universidad Santo Tomás, seccional Bucaramanga, inspirada en los principios humanistas de Santo Tomás de Aquino, propende por la consolidación de los valores, el respeto por los derechos humanos, la justicia y el orden, dentro de la estructura socio-jurídica propia del sistema democrático colombiano, formando integralmente profesionales del derecho con capacidades para liderar procesos de cambio y aportar soluciones a la problemática del mundo actual”. (Misión de la facultad).

Centrada en esta misión y fundamentada en los valores, principios y criterios sintetizados en el Proyecto Educativo Institucional (PEI), en el Proyecto Educativo de la Facultad (PEF) y en la tradición pedagógica Dominicano-Tomista; la labor educativa desarrollada por nuestra facultad, desde hace 30 años, integra armónicamente la docencia, la investigación y la proyección social, según el modelo pedagógico propio de la institución, y marco de su identidad frente a otras universidades, como es el SISTEMA MODULAR. Diseñado y asumido dentro de la universidad desde 1982 cuyo currículo introduce al estudiante en el mundo del derecho por campos homogéneos e integrados del conocimiento jurídico, desde la problematización de la realidad y el análisis crítico de las fuentes, hasta la generación del conocimiento, en permanente ejercicio dialéctico y relación constante con la totalidad del saber.

Este innovador sistema pedagógico ha generado cambios significativos en el método de enseñanza; deja de lado la transmisión aislada de los contenidos y opta por un proceso de enseñanza-aprendizaje coordinado con otras áreas conexas del saber. Así la cátedra magistral tradicional se abre necesariamente a la participación activa de los estudiantes, como sujetos y actores principales de su propia formación. En consonancia con el lema del escudo de la universidad, se convierten en HACEDORES DE VERDAD, de la verdad jurídica, de la verdad político-social y de la verdad total.

En coherencia con los fundamentos filosóficos y teológicos de la tradición dominicana y de la identidad que le otorga el sistema modular, deriva el compromiso histórico de la facultad con la región y el país, orienta sus esfuerzos a la formación integral de profesionales del derecho, capaces de aportar soluciones creativas y críticas, desde su realidad humana y profesional, a la sociedad y al medio en el que ejercen su labor. Esto ha permitido a nuestros egresados posicionarse altamente en cargos públicos y privados y lograr un notable reconocimiento, gracias a su desempeño laboral y a la calidad humana manifiesta en todas sus acciones.

Este es el compromiso que alienta diariamente la búsqueda de nuestra meta: LA EXCELENCIA, en las personas, procesos, proyectos y actividades, que dinamizan la facultad. Por tal razón y producto del trabajo interdisciplinario de nuestros alumnos, docentes y directivos surge la necesidad de sacar a la luz el segundo número de la revista IUSTITIA, como medio de difusión y promoción de la reflexión y de la investigación, generadas en el acontecer académico de nuestra comunidad educativa tomasina; desarrollar ideas y corrientes de la ciencia jurídica; exponer la evolución de las leyes, concretadas en nuevos códigos, la jurisprudencia y, de una manera especial, resaltar la primacía de los derechos humanos, en el contexto colombiano y latinoamericano, afectados por la corrupción, la violencia y la violación de la dignidad humana; conscientes, a la vez, de la necesidad de un cambio radical en la manera de vivir e interactuar socialmente, esperanzados y comprometidos con la promoción de un orden social justo, solidario y fraterno.

Esta nueva andadura de la revista IUSTITIA se inserta en el proceso de auto-evaluación y acreditación de nuestra facultad, orientada prioritariamente a lograr el perfeccionamiento humano, administrativo y académico, fruto del constante crecimiento y mejoramiento institucional, acorde con lo formulado en el PLAN PROSPECTIVO USTA 2020. Responde igualmente al creciente interés investigativo que ha desplegado la facultad a través del Comité de Trabajos de Grado, del Comité de Investigación

y de cada una de las Líneas y Proyectos de Investigación integradas en los respectivos módulos académicos.

Deseamos que IUSTITIA sea un vínculo de comunicación y un medio eficaz de expresión de ideas, valores y principios, desde nuestra identidad como Universidad Católica; es decir, abierta al universo del conocimiento científico, filosófico, jurídico, social, político y cultural, bajo la óptica del humanismo cristiano de Tomás de Aquino, en diálogo sincero y crítico, con la realidad jurídica de Colombia y del mundo globalizado.

A todas las personas que, con su decidido esfuerzo y optimismo, han hecho posible esta publicación, vaya nuestro más sincero agradecimiento, de manera especial, a los doctores Angela Tarazona y Dilmar Ortiz. Igualmente nuestra gratitud y reconocimiento a cada uno de los autores de los artículos, que aparecen en la presente edición.

Fr. RICARDO ESCOBAR DELGADO, O.P
Decano de División Ciencias Humanas



PRESENTACIÓN

Por: Matilde Gómez Bautista
Decano de la Facultad de Derecho
USTA - Bucaramanga

“Las leyes son justas: por razón del fin, cuando se ordenan al bien común; por razón de su autor, cuando la ley establecida no excede la potestad del legislador, y por razón de la forma, cuando se imponen las cargas a los súbditos con igualdad de proporcionalidad y en orden al bien común”.

TOMÁS DE AQUINO (S.t., I-II, q 96, a. 4)

La moderna tendencia Colombiana en materia de educación superior, que se explicita en la Constitución Nacional de 1991, persigue el logro de la EXCELENCIA ACADÉMICA en los programas que las instituciones educativas ofrecen a la sociedad, y cuyos procesos más significativos se encuentran expresados en la exigencia legal del cumplimiento de estándares de calidad, la acreditación de programas, la adaptación de los pénsum al sistema de créditos académicos, la presentación de exámenes de Estado para la comprobación del alcance de las competencias de los egresados universitarios para ejercer su profesión, han generado en las facultades una dinámica que persigue el mejor posicionamiento de las mismas a nivel regional y nacional.

La Universidad Santo Tomás, desde siempre ha tenido como objetivo primordial la formación integral de sus egresados, entendida ésta como “el desarrollo de todas las dimensiones de la vida personal (letras y virtud)”¹, en términos de excelencia académica, profesional y humana, razón por la cual, la moderna tendencia normatizada por la Constitución de 1.991, a que se hace referencia en el párrafo anterior, se constituye en una nueva oportunidad para la misma, de continuar generando la calidad educativa, dentro del marco de valores humanísticos, que le permitan a sus egresados prepararse adecuadamente con elementos de conocimiento intelectual, académico,

profesional y con un alta conciencia de su responsabilidad política y social, para enfrentar los retos del mundo moderno y globalizado.

Nuestra Universidad se expresa en el Proyecto Educativo Institucional como una “Corporación en proceso permanente de búsqueda de la verdad, que se define como comunidad que integra, en forma armónica, los procesos de investigación, docencia y proyección socio-cultural en beneficio del pueblo colombiano y en el amplio marco de la sociedad latinoamericana”². Es así que, dentro de este contexto, la Facultad de Derecho, persigue el afianzamiento y consecución de una cultura científica, fundamentada en los procesos investigativos que se generan al interior de la misma, surgidos de la aplicación puntual del modelo pedagógico propio conocido como SISTEMA MODULAR, y que como una fortaleza, genera una dinámica en la que se involucran en forma permanente docentes, estudiantes, egresados, contando con una infraestructura administrativa que hace posible dichos procesos que se orientan al estudio de problemas propios de la ciencia jurídica y del contexto social en la zona de influencia de la Facultad.

Es por ello que la gestión docente se expresa en el Proyecto Educativo de la Facultad de Derecho como un factor importantísimo en la dinámica universitaria, partiendo de la base de que los maestros, debidamente identificados con la filosofía institucional y con un alto sentido de pertenencia a la misma, se erigen como agentes críticos de los procesos de transformación de la Ciencia Jurídica y como agentes creativos y propositivos para la solución de los problemas sociales.

Así mismo, el estudiante de nuestra Facultad, como agente vital del proceso académico y de formación y a cuyo servicio gira todo el entorno administrativo, físico y financiero, en la búsqueda de la satisfacción de todas sus necesidades de aprendizaje y de maduración, ha comprendido igualmente la misión institucional y ha adquirido un compromiso con el logro de la justicia

distributiva y con su deber social de impactar el medio en el cual se desempeña como estudiante o en el que va a desenvolverse como profesional.

Es por ello, que la REVISTA IUSTITIA, como órgano oficial del COMITÉ DE TRABAJOS DE GRADO de la FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE BUCARAMANGA, es el resultado de una política clara de investigación a nivel institucional y de la misma, en la que se encuentran diseñadas políticas que involucran a docentes, estudiantes, egresados y comunidad académica en general, en proyectos de investigación que retroalimentan el quehacer universitario.

Lo anteriormente expresado hace que sea para el DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO un honor entregar en la fecha la segunda edición de la REVISTA IUSTITIA, en la que se encuentran textos de significativa calidad jurídica, producidos por ilustres docentes, estudiantes y egresados de la misma, que estamos convencidos servirán como texto de obligada consulta a propios y extraños y marcarán un derrotero que genere nuevas producciones con calidad jurídica.

Sea ésta por lo tanto, la oportunidad, para continuar invitando a toda la comunidad académica a vincularse en este proyecto, así como en todos aquellos que se lideran desde nuestra Facultad, en la cual siempre encontrarán un apoyo logístico, técnico y personal, en asuntos que impliquen el logro de la EXCELENCIA ACADÉMICA en la cual nos encontramos comprometidos y en la formación de Abogados humanistas, altamente competentes a nivel cognoscitivo, investigativo y comprometidos con el logro de la sociedad cada vez más justa con que soñó nuestro Magíster TOMÁS DE AQUINO.

SEMBLANZA

Humberto Rueda Silva

Por: Jaime Gutiérrez Ribero
Abogado - Catedrático

Por un honroso encargo de las Directivas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, con especial sentimiento, escribo estas líneas para rememorar y exaltar la memoria de un gran ser humano que para dolor de todos sus amigos, colegas y alumnos falleció lleno de merecimientos el 4 de Febrero del presente año.

Permítaseme advertir, que para quien escribe, ésta no es una nota necrológica más; ella tiene que estar impregnada de subjetivismo e intimismo por cuanto Humberto fue y sigue siendo para mí lo que en el lenguaje de los afectos suele llamarse un gran amigo.

Lo conocí desde la lejana temprana niñez, tratamos por las aulas adustas y añosas del case-rón donde funcionaba el preclaro y más que cen-tenario Colegio San José de Guanentá de San Gil, compartimos nuestras preocupaciones juveniles en lo académico y en lo vital, partimos el pan fraternal y fuimos confidentes de nuestros enamoramientos inocentes sobre las colegialas contemporáneas.

Sin solución de continuidad en nuestra amistad, ingresamos a estudiar Derecho en el entra-ñable " Externado " del Dr. Ricardo Hinestroza Daza; cada quien con su talante se apersonó de su formación jurídica. Él disciplinado y austero, yo irreverente y contestatario. En ese ambiente y época hay un suceso extraordinario que marcó el curso de su vida, conoció a Luisa.

Logramos hacernos Abogados, cada uno toma su camino Profesional, pero la amistad perdura con una transparencia y lealtad que a los dos nos enorgullecía.

Supe de la plena felicidad que lo embargó cuando contrajo matrimonio con la admirada Luisa, cuando nacieron sus hijas Luisa Fernanda y



Sandra Juliana a quienes adoraba y de las que se ufanaba por su brillantez y señorío, asistí a sus matrimonios con caballeros intachables; en nuestra senectud fuimos cómplices vanidosos de la presencia en la vida de nuestros nietos, emulá-bamos con un toquecito de buena envidia con-tándonos sus balbucesos y travesuras.

Su muerte, como podrá imaginarse quien ha leído estas íntimas manifestaciones, me ha lacerado en lo más profundo de mis sentimientos, su ausencia vital me dejó en la orfandad de la amistad, su recuerdo presente y vívido permanentemente me consuela y estimula

Hacer una semblanza de la personalidad de Humberto Rueda Silva no es tarea difícil a pesar de mis falencias.

Fue un hombre de una integridad sin esguinces, un caballero intachable, caso exótico en estas épocas de burda chabacanería; un Cristiano de impecable ortodoxia para quien los valores de su fe no podían transarse con interpretaciones volubles o complacientes, ese Cristianismo era su Norte y con él, como Lábaro, trasegó por su vida erguido sin satánico orgullo dando ejemplo de Esposo, Padre, Abuelo, Amigo, Abogado, Magistrado, alto funcionario público y Profesor Universitario.

Como sus merecimientos eran tantos y sus defectos tan escasos, esta semblanza podría convertirse en un largo escrito no indicado para este tipo de publicaciones, por eso, sólo me permito hacer unos cortos comentarios sobre una de sus más caracterizadas facetas vitales, El Abogado.

Bien conocidas son las variopintas actividades que puede desarrollar un profesional del Derecho. Se inició en la Judicatura, ocupó los cargos de Juez Municipal, Juez Superior y Magistrado del Tribunal Superior ; la Justicia la entendió como una misión socrática, como un supremo valor, por eso, nunca utilizó ni aceptó los torticeros procedimientos de abogadejos inescrupulosos. Por su capacidad y transparencia fue designado Vice - Procurador General de la Nación cargo que desempeñó con brillantez y unánime aceptación. Su paso por la Administración de Justicia y la Administración Pública fue inmaculado.

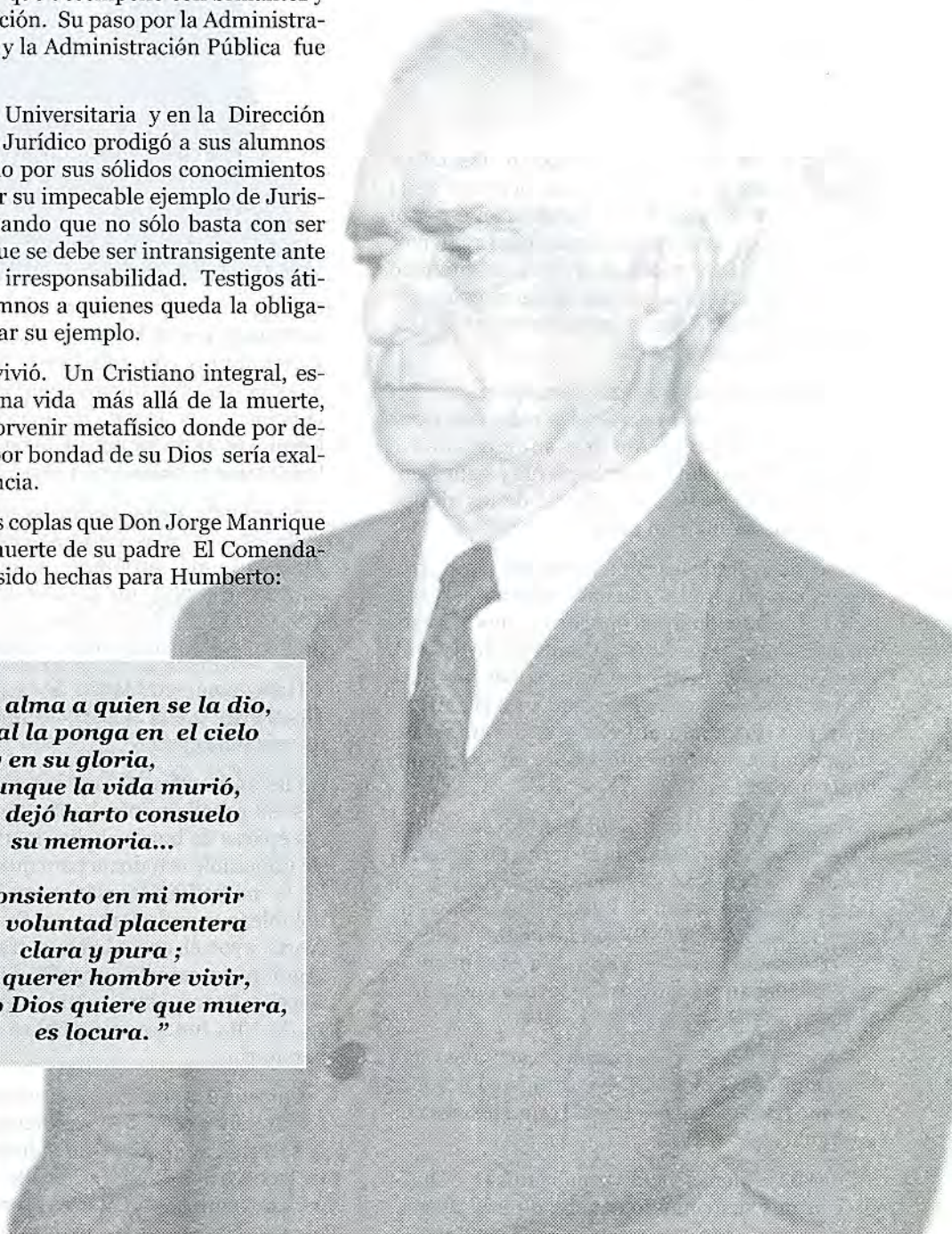
En la cátedra Universitaria y en la Dirección del Consultorio Jurídico prodigó a sus alumnos sabiduría no sólo por sus sólidos conocimientos teóricos sino por su impecable ejemplo de Jurisconsulto enseñando que no sólo basta con ser honrado sino que se debe ser intransigente ante la injusticia y la irresponsabilidad. Testigos áticos son sus alumnos a quienes queda la obligación de perpetuar su ejemplo.

Murió como vivió. Un Cristiano integral, esperanzado en una vida más allá de la muerte, seguro de ese porvenir metafísico donde por derecho propio y por bondad de su Dios sería exaltado a su presencia.

Parece que las coplas que Don Jorge Manrique compuso a la muerte de su padre El Comendador hubieran sido hechas para Humberto:

***“ Dio el alma a quien se la dio,
El cual la ponga en el cielo
y en su gloria,
y aunque la vida murió,
nos dejó harto consuelo
su memoria...”***

***Y consiento en mi morir
con voluntad placentera
clara y pura ;
que querer hombre vivir,
cuando Dios quiere que muera,
es locura. ”***



EL REFERÉNDUM*

Por: *Rafael Pardo Rueda*
Senador de la República

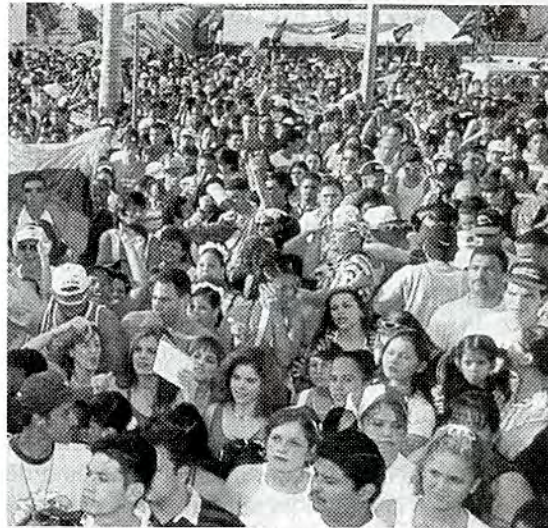
...“Es un instrumento creado por la Constitución Colombiana de 1991, es un instrumento complejo en el cual intervienen todos los poderes públicos y que finalmente es decidido por el ciudadano en una votación.

El referéndum puede tener dos orígenes:

A) Un referéndum de origen popular que es básicamente un texto en donde se hacen algunas preguntas y se recolectan firmas, hasta llegar a completar el 5% del censo electoral. Si esto ocurre, ese texto irá al Congreso para que en el seno de dicho cuerpo colegiado se realice una discusión sobre ese texto y se dé una aprobación o una negación. Si se aprueba estaríamos frente a un referéndum de iniciativa popular, si el Congreso lo niega, los ciudadanos tendrían la posibilidad de recolectar firmas (5%), y volver directamente al Congreso o ir directamente al referéndum, asunto que no ha decidido de fondo la Corte Constitucional.

B) La otra vía de hacer referéndum, es el referéndum de iniciativa del ejecutivo, de iniciativa del Gobierno en cabeza del presidente.

El referéndum que se sometió a estudio por parte de los congresistas, es un referéndum de iniciativa del ejecutivo. El primer acto de gobierno realizado por el Señor Presidente de la República, Dr. Álvaro Uribe Vélez, fue la presentación del referéndum, estableciendo en él una reforma política. El Congreso discutió durante toda la legislatura anterior este proyecto presentado por el gobierno, le introdujo modificaciones y conservó en general de las diez y seis (16) preguntas que planteó el Presidente Uribe, catorce (14), se eliminaron del temario inicial dos (2) preguntas, una que hacía referencia a la eliminación del servicio militar obligatorio y la otra



hacía referencia a la reducción del salario de los diputados y concejales. En el proceso de discusión y debate en el Congreso se adicionaron tres (3) preguntas, dos (2) de ellas introducidas por el gobierno, una de ellas es la que hace referencia a la congelación de los gastos de funcionamiento del Estado, la otra es el punto relacionado con la penalización de la tenencia de la dosis personal de droga y la última sobre la prórroga del periodo para los alcaldes y gobernadores.

El referéndum presente, ya ha sido aprobado por Ley de la República y ha superado la discusión en la Corte Constitucional.

Este referéndum contiene diez y nueve (19) preguntas, de las cuales diez y siete (17) son de tipo sustancial una es sobre vigencia y la otra es sobre si el referéndum se quiere votar pregunta por pregunta o en bloque.

Pregunta número 1: Esencialmente hace referencia a la extensión de inhabilidades de quienes hayan cometido delitos de corrupción, fundamentalmente lo que hace es extender la inhabilidad a perpetua, lo que se llama muerte política, y va dirigida a quienes han cometido delitos de corrupción, y quienes han sido condenados por delitos que afecten el patrimonio del Estado. Estas personas no podrán ser elegidos en cargos de elección, ni nombrados, ni ser contratistas del Estado, ni ser socios de compañías contratistas, no pueden estar en listas para cargos de elección popular. Por lo tanto lo que se quiere con este punto es cerrarle la puerta a quienes hayan sido condenados por delitos que afec-

* Transcripción textual de la conferencia a cargo del Dr. Rafael Pardo Rueda, que se llevó a cabo en el Paraninfo Santo Domingo de Guzmán (USTA, Floridablanca).

ten el patrimonio del Estado, que son los delitos de corrupción. De esta pregunta se dice lo siguiente: que es muy restringida exponen algunos, mientras que otros argumentan que no es necesaria; aquellos que se acogen a la postura de que es muy restringida, dicen que solamente se refiere a cerrar la puerta a quienes hayan cometido delitos de corrupción, pero que los secuestradores, los asesinos, los terroristas, sí podrían ser elegidos; eso no es cierto, la Constitución Política de Colombia de 1991 hoy determina que no podrán ser elegidos quienes hayan cometido delitos, con excepción de los delitos políticos como son la rebelión, la sedición o la asonada o los delitos culposos que son los delitos en los cuales no hay una responsabilidad directa e inmediata de quien cometió la conducta. Entonces este primer punto es fundamentalmente la muerte política de quienes hayan cometido delitos de corrupción, es cerrar las puertas que hoy existen abiertas; hay que ser claros, hoy en día una persona condenada por un delito de corrupción, no puede ser elegido al Congreso de la República, pero sí puede ser elegido a una Asamblea Departamental, a un Concejo Municipal, puede ser contratista del Estado, puede ser socio de una compañía contratista del Estado.

Pregunta número 2. Hace referencia a que todas las votaciones que emitan los Congresistas, Diputados, Concejales y miembros de Juntas Administradoras Locales en donde existan, deben ser públicas y nominales. Hoy en día se hace votación pública cuando alguien lo solicita; así mismo una votación nominal en el Congreso se realiza cuando alguien la pide y el procedi-

miento es que se tiene que llamar a lista a todos los congresistas y cada uno tiene que expresar el sí o el no frente al punto que se está discutiendo y votando; este voto nominal hace obligatorio tanto la presencia del Congresista como su voto frente al punto de discusión. Este punto tiene una gran importancia frente a la cultura política y para la evaluación de las responsabilidades de los elegidos; el ciudadano cuando va a votar en las elecciones, posiblemente va a depositar su voto por alguien nuevo en la política o por alguien que ya estuvo desempeñando el cargo de Consejero Municipal, es decir, van a votar por una persona, entonces, el ciudadano cómo hace para saber si el funcionario desempeñó su cargo bien o mal? Hay una idea, que es guiarse por las promesas que el candidato en la etapa pre-electoral hace, dice que va a cambiar ciertas cosas, que va a rebajar los impuestos, que va a rebajar las tarifas, que va a hacer el bien a todo el mundo, a ello se le llaman las promesas electorales. La otra manera de evaluar la gestión del funcionario es verificar cómo se comportó en el período anterior y cómo fue su votación en el cuerpo colegiado; la mejor manera de ver cómo es una persona, es ver cómo votó en la Corporación Pública en la cual estuvo, así cuando el ciudadano tenga en la mano el tarjetón para las próximas elecciones, y esta pregunta sea una realidad, en virtud de la votación del Referéndum, podrá saber cada persona cómo votó el funcionario en el período anterior frente a las diversas leyes que se debatían en el Congreso, o podrá saber cómo votó el concejal en el proyecto de acuerdo presentado a consideración en el Concejo Municipal, o podrá saber el ciudadano cómo votó el diputado en el cuerpo colegiado al cual éste pertenece, y ésta es la mejor manera de medir la responsabilidad de los ele-



gidos, pues existen muchas personas que se hacen elegir diciendo una cosa y después van al Congreso o al Concejo o al Asamblea y votan por cosas que no estaban dentro del programa presentado a la ciudadanía o votan de manera contraria a la idea que se le expuso o se le vendió al ciudadano común, o también es visto el caso en que el funcionario esconde su voto en lo que se llama comúnmente como el pupitrazo; cuando los miembros de la Corporación votan de tal forma, es imposible saber quien votó en contra o a favor, no se sabe quién o quiénes se encontraban en ese momento dentro del recinto. Con la implantación de este punto se permite la visibilidad pública del voto de cada uno de los Congresistas, Concejales y Diputados, entre otros.

Pregunta número 3. Sobre las suplencias. En el período legislativo anterior, los Colombianos elegimos 263 Congresistas, ejerciendo la función plena de congresistas 540 personas, es decir, existieron casi 250 personas más que estuvieron como congresistas sin haber sido elegidos dentro de las listas que los colombianos tenían en el tarjetón, eran los segundos, terceros, cuartos renglones, en el período que terminó en Diciembre del año inmediatamente anterior, en el Senado, que lo componen 102 hombres, había 12 suplentes, se encontraba una persona que era el número 4 en la lista de un senador y el estaba allí sentado votando, ¿por qué se dan estas cosas? Porque las suplencias son parte de las maturrangas electorales que se hacen; una persona se presenta a una elección y el segundo renglón generalmente es una persona que le pone unos votos, que le inyecta una plata a la campaña, o ambas cosas, y eso le da derecho a una palomita en el Congreso, entonces el primer renglón pide una licencia y deja al segundo renglón disfrutar la palomita por tres (3) meses. ¿Eso qué importancia tiene? Que con esos tres(3) meses cotiza al Fondo Nacional de Pensiones del Congreso, entonces mejora su pensión, con esos tres (3) meses le otorgan pasaporte oficial y le dan un carné que se llama credencial, que le sirve para que se presente él como congresista, por el simple hecho de haber estado un día, o unos días, o unos meses como suplente. Este punto lo que quiere es terminar las suplencias, sólo habrá reemplazos cuando haya falta absoluta del titular, es decir, por muerte o por incapacidad absoluta. Si hay renuncia del titular no habrá lugar a reemplazo, queda con una curul menos esa corporación pública cuando el titular de la misma renuncia, y esto se presenta cuando la persona usa

el puesto de elección como escalafón, se hace elegir diputado para después lanzarse a la Cámara de Representantes, o se hace elegir al Congreso para después lanzarse a la Gobernación presentando su renuncia a la corporación, en este caso sí se puede renunciar pero se pierde la curul.

Pregunta número 4. Es muy importante y ha sido bastante controvertido este punto; se refiere al trámite del presupuesto de la Nación, de los Departamentos y de los Municipios.

¿Cómo es hoy el trámite de presupuesto de la Nación? El Gobierno presenta al Congreso un proyecto el 20 de Julio, el Congreso debe aprobarlo antes del 20 de octubre, si no lo aprueba antes de la fecha mencionada, el Gobierno puede adoptar el presupuesto por vía de decreto, a esto se le llama dictadura fiscal. Hoy día el Gobierno es el que tiene la iniciativa en el trámite del presupuesto, el Congreso no puede cambiar partidas presupuestales sino con la aprobación del Gobierno, es decir, el Congreso recibe un proyecto de presupuesto y los cambios en partidas deben ser autorizados por el Gobierno, a esto se le llama iniciativa del ejecutivo en el trámite del presupuesto, ello indica que el Congreso tiene limitada su iniciativa en comparación con otros Congresos del mundo; eso no se pretende cambiar, el Gobierno sigue manteniendo la iniciativa en el trámite del presupuesto. ¿Qué es lo que produce este punto? Tres (3) elementos nuevos, que son los siguientes:

1. Que todo el presupuesto vaya primero a audiencia pública, que el Gobierno presente el presupuesto en cada Departamento y allí se hace una audiencia pública sobre el anteproyecto del presupuesto, eso le introduce transparencia, participación y a la vez un elemento nuevo, que la gente conozca cuál es el presupuesto de su departamento, el cual se expondrá en la audiencia a la cual hice mención anteriormente. Allí el Gobierno explicará los planes de vivienda del Departamento, el arreglo de centrales eléctricas, la ampliación de líneas de transmisión, la cuantía destinada para el SISBEN, es decir, es un proyecto que conocerían los habitantes de cada Departamento antes de que sea presentado y estudiado por el Congreso.

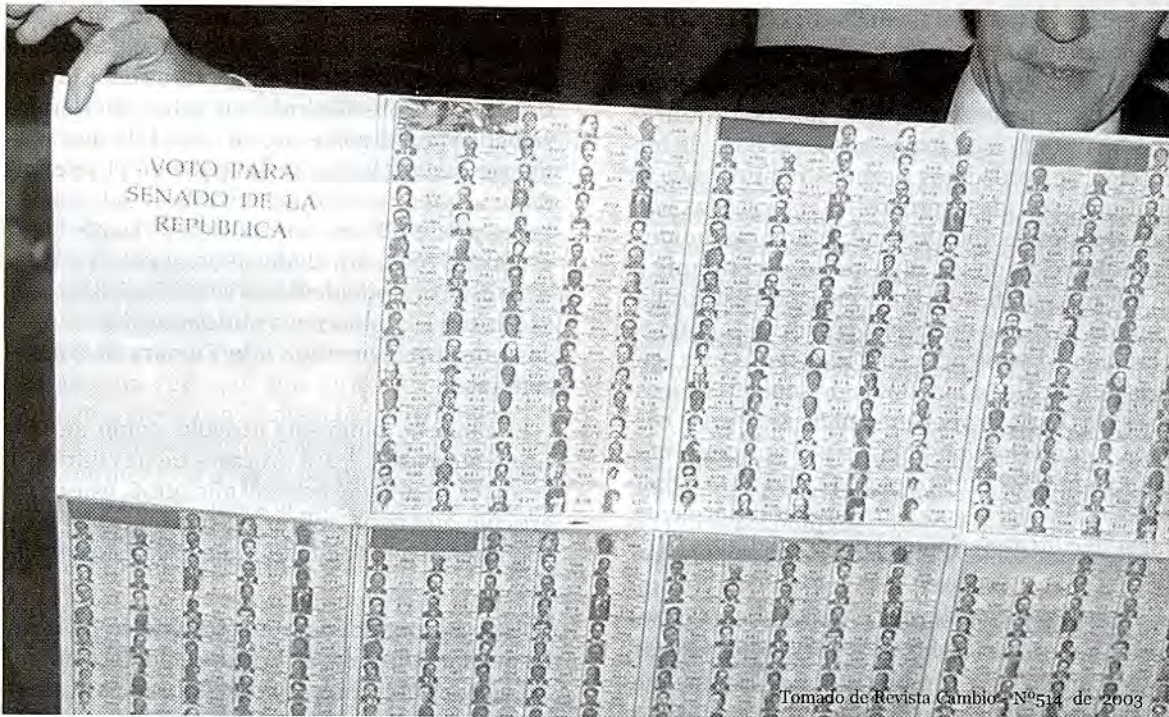
¿Cómo son las audiencias públicas? Serían muy parecidas a los consejos comunales que está adelantando el Presidente Uribe, en donde el Gobierno presenta un proyecto de presupuesto para el

Departamento que será discutido por los habitantes del mismo expresando su conformidad e inconformidad con el mismo.

2. Se prohíben las partidas globales, excepto las necesarias para atender emergencias y desastres. ¿Qué son las partidas globales? Se ha oído hablar de los auxilios parlamentarios, las partidas globales son el nido de los auxilios parlamentarios. El presupuesto que se aprobó el año pasado, fue un presupuesto que se aprobó sin partida de auxilio, por qué? el Gobierno no quiso meter una partida que había puesto el gobierno anterior que se llamaba cupos indicativos de distribución posterior; pero tiene partidas globales, ¿Estas qué son? Se aprobó una partida de ciento ochenta mil millones de pesos (\$ 180.000.000.000.00) que se llama adecuación, modernización, reparación, construcción de acueductos y alcantarillado urbano y rural; son ciento ochenta mil millones de pesos (\$ 180.000.000.000.00), pero ello qué quiere decir? Nada, no se sabe para qué acueductos, en dónde, etc. ¿Cómo se distribuye esa partida? Por un decreto posterior que hace el Gobierno, ya sin el Congreso. ¿cómo hace el gobierno para distribuir esos ciento ochenta mil millones de pesos (\$ 180.000.000.000.00)? Lo que se ha hecho tradicionalmente en Colombia, aunque no lo ha hecho este gobierno, pero sí lo han hecho los gobiernos anteriores, es meter los proyectos que quieren los parlamentarios, es decir, el Senador X está en la Comisión 3, se acerca a él un congresista insinuándole que necesita un voto, que por qué el senador X no le ayuda con ese voto que necesita, como contraprestación él le ofrece meter en la partida un acueducto que necesite para su región, en donde éste expone que necesita un acueducto para un municipio, su costo es de sesenta y dos millones de pesos (\$ 62.000.000.00), entonces este congresista lleva el proyecto al alcalde del municipio, se aprueba el proyecto y normalmente va un contratista amigo del congresista y pide la ejecución del contrato, éste contratista se gana una plata y es el que acaba financiando la campaña del político que llevó el proyecto. Entonces, prohibir las partidas globales, es quitarle el nido a los auxilios parlamentarios que conviven tanto en el Congreso como en el Ejecutivo; los auxilios son dados por los gobiernos, sea Nacional, Departamental o Municipal a los Congresistas, Diputados o Concejales, y son partidas de su interés, para proyectos de su interés que no son discutidos públicamente, son acordados por debajo de la mesa, son acordados a

espaldas de una discusión pública y normalmente conllevan una corrupción implícita en la designación del contratista de ese proyecto. El periodo anterior, a manera de ejemplo, El Fondo de Desarrollo Rural Integrado tuvo partidas de doscientos cincuenta mil millones de pesos (\$ 250.000.000.000.00) para construcción de letrinas y elementos de saneamiento, todos los proyectos los hicieron un millón de pesos (\$1.000.000.00) por debajo del límite que exige hacer licitación pública, todos fueron adjudicados a dedo, todos fueron adjudicados básicamente en función del apoyo político de congresistas que requería el gobierno en ese momento. Con las partidas globales eso se borra; por ello este punto ha sido muy cuestionado, no le gusta a mucha gente en términos técnicos argumentando que el gobierno va a quedar amarrado a unas audiencias, y se cree que ello es positivo, que el gobierno quede amarrado a unas audiencias en las cuales la gente discuta; hay otra gente que dice que lo planteado es muy complicado para el gobierno, pues éste debe presentar de manera discriminada todos los proyectos que existen; es cierto, es complicado pero hay que hacerlo, de lo contrario estaríamos abriéndole camino a los auxilios parlamentarios; otro sector de la sociedad expone que con ello no se prohíben los auxilios sino ello da pie es a la creación porque ahora todo el presupuesto va a ser manejado a través de auxilios, argumento que no es válido ni cierto, la realidad es que todos los proyectos deben estar dentro del presupuesto nacional, deben ser los que la gente conoce en las audiencias públicas, y debe ser lo que se lleva al Congreso en el momento de la discusión; lo que no tiene sentido, y es la madre de los auxilios, es que los proyectos se definan después en las oficinas, en gestiones individuales entre funcionarios del gobierno, sea nacional o local y congresistas, diputados o concejales.

Este artículo va a introducir una gran transparencia y es de gran importancia para combatir la corrupción, pues, la corrupción se deriva de la oscuridad y darle luz al presupuesto y poner sobre la mesa todas las partidas presupuestales y abrirlas en audiencias públicas, con ello existirá un debate que acaba cerrándole espacios a la corrupción, además este punto le da una participación activa a la comunidad en el presupuesto para que ella lo conozca y de igual forma combata la corrupción y se dé la transparencia en los proyectos a ejecutar.



Tomado de Revista Cambio, N°514 de 2003

Pregunta número 5. Este punto es sencillo, pero ha dado lugar a tremendos escándalos; consiste en que el Congreso no contrate ni personal, ni servicios técnicos. ¿Esto qué importancia tiene? Es claro que los mayores escándalos del Congreso los últimos años ha sido por la contratación directa que ha hecho el Congreso, todos recordamos que se contrató la lavada de la fachada del Congreso por parte del Senado y al mes siguiente se contrató la lavada de la misma fachada por parte de la Cámara de Representantes, que las cortinas valen tres (3) veces más de lo que vale una cortina en cualquier parte; ello no podrá ser mucha plata, pero son dineros públicos. La función del Congreso es legislar y ejercer un control público y no hacer contrataciones. A lo expuesto se refiere este punto, simplemente quita al Congreso todas las funciones de contratación de servicios técnicos.

Pregunta número 6. Este punto es el centro y la esencia del referéndum, este artículo tiene cuatro elementos importantes, además modifica tres artículos de la Constitución Nacional.

Son cuatro elementos centrales que afectan de manera sustancial la política Colombiana; ¿qué hace este artículo?

1. Reduce el tamaño del Congreso, reduce el 20% en el Senado y el 20% en la Cámara de Representantes.

2. Introduce una nueva concepción en la política colombiana que se llama "el Umbral". El umbral es una cifra mínima de votos que si no se alcanza, no se puede contar esa lista para una elección, la utilización del umbral va a permitir una reducción sustancial en el número de listas; ¿por qué? Porque el umbral del Senado es del 2% y quien no tenga el 2% de votos en la elección del Senado, no se le cuenta la lista, ya no va a existir el procedimiento de residuo que llega hasta cualquier cifra, el umbral del Senado equivaldría a doscientos veinte mil (220.000) votos, si comparamos el sistema del umbral con el Senado elegido actualmente, tan solo tres Senadores se acercaron a los doscientos veinte mil votos, por lo tanto nadie está seguro con ese umbral de ser elegido. Por lo tanto todos los políticos tenemos que asociarnos, congregarnos, buscar asociaciones políticas o partidos políticos para poder presentarnos a la elección, esto reduce el número de listas que actualmente es aterrador, esto reduce sustancialmente la proliferación de listas y obliga a la agrupación a que ejerza la política de manera agrupada. El umbral para Cámara de Representantes, Asambleas, Concejos es de medio cuociente, éste también es un umbral tremendamente alto, al ser tan alto, ello implica que todos tenemos que actuar distinto en política; es deber

agruparnos, hacer listas coherentes e ideológicas, es preciso recalcar que la elaboración de la listas se debe hacer buscando personas que tengan el mismo pensamiento político y no uno contrario, por lo tanto lo aquí expresado es la base de formación de verdaderos partidos políticos que se unifique” por ideas, propósitos, propuestas y no por arreglos de tipo electoral; lo anterior unido a la prohibición de los suplentes es importante si lo miramos unificado, pues, ello genera la formación de partidos políticos verdaderos; si no se eliminan las suplencias, entonces cada lista tendría una cantidad indefinida de suplentes y a estos se les daría la oportunidad de estar en la corporación de elección popular por un mes o más cumpliendo las funciones de Congresista, Diputado o Concejal y, como lo vimos anteriormente, tal situación es perjudicial desde cualquier perspectiva.

3. El tercer elemento que cambia es el siguiente: se aplicaría el sistema de cifras repartidoras, esto significa, que cambiaríamos el sistema que actualmente tenemos, cuyo nombre es el sistema de representación proporcional, es decir, el sistema de cociente y residuo, este último sistema estimula la fragmentación política. Lo explicaré a través de un ejemplo: si una persona quiere ir al Concejo de X municipio, se calcula que con cuatro mil (4.000) votos puede entrar a la mencionada corporación, si quiere asociarse con alguien y hacer una lista y sacar dos renglones los cuatro mil votos ya no le sirven, tiene que sacar primero el cociente que debe ser aproximadamente unos quince mil votos (15.000) y después un residuo que son cuatro mil (4.000) votos, es decir, necesitaría sacar veinte mil (20.000) votos para acceder al concejo con los dos renglones, si se presentan solos a las elecciones, van por residuo y pueden entrar el segundo, el tercero y hasta el cuarto renglón, eso es lo que estimula la fragmentación política en Colombia. El sistema de cifra repartidora, sistema que se utiliza en Europa, en el cual se maneja una cifra que se obtiene en cada circunscripción que oscila entre el actual cociente y el actual residuo menos, y reparte todas las curules de acuerdo al número de votos, por lo tanto se va a estimular la agrupación política; este sistema de cifra repartidora es el tercer elemento que tiene el punto sexto que se propone en el referéndum.

4. Este elemento es el consignado en el parágrafo transitorio y básicamente le da la facultad al gobierno de asignar curules en el Congreso, Asambleas Departamentales y Concejos Municipales a personas que se hayan desmovilizado en

procesos de paz. El mecanismo en mención se ha utilizado en Colombia para la Constituyente de 1991 en donde dos (2) miembros del EPL entraron a la Constituyente sin votos; fueron designados por el gobierno, en virtud de una norma parecida a la que se propone en el referéndum, al igual que dos (2) miembros del Quintín Lame y del PRT; esa norma estuvo vigente hasta el año de 1994. En el año de 1993 un grupo que se llamo Corriente de Renovación Socialista hizo la paz con el gobierno y se desmovilizó, dos de sus miembros entraron a la Cámara de Representantes.

El gobierno pidió este artículo, como un instrumento posible para procesos de paz futuros y se aplica solamente hasta el año 2006, éste es un artículo que tiene aplicación por una sola vez y con vigencia para acuerdos que haga este gobierno.

Esta pregunta número 6, es el núcleo de la reforma del Congreso, es la reducción del Congreso, es el establecimiento del umbral, es el cambio del sistema de cociente y residuo por el de cifra repartidora y este punto le otorga facultades al gobierno para poder incluir en el Congreso a personas de grupos desmovilizados con los cuales se haya realizado un acuerdo de paz.

En el período anterior se hundieron cuatro reformas políticas, porque el Congreso las hundía; a quien no le conviene esto es a la micro-empresas electorales que son los grupos políticos de los congresistas; esto es un golpe muy fuerte contra las micro-empresas electorales, contra los grupos personalistas, es decir, el grupo del congresista X que tiene contados 14.000 votos en tres o cuatro municipios y que con la mencionada votación le alcanza para tener un residuo y salir como electo al Congreso, con esa votación le alcanza para que salgan dos diputados a la Asamblea departamental, con los votos de esa gente amarrada le alcanza para sacar tres o más concejales en cada municipio en donde ese político ejerce su influencia.

Las micro-empresas políticas hoy en día son 63, en Colombia actualmente existen 63 partidos o grupos políticos con personería jurídica, hace tan solo 15 años se tenían dos partidos; sesenta y tres partidos no quiere decir que hoy exista treinta y un veces más democracia que la existente hace 15 años que tan solo teníamos dos partidos; lo que se ha hecho en Colombia con la proliferación de pequeños partidos, que en realidad no son partidos, son garajes con nombre y con personería jurídica, es personalizar la política, ninguno de

esos movimientos es realmente un partido, o muy pocos lo serían; se diría que tiene los elementos para ser partidos políticos aquellos que tienen una tradición, un pensamiento ideológico serio, propuestas fundadas, etc., como el partido Liberal, Conservador, el partido Cristiano, el partido Comunista y el MOIR, partidos que tienen algún alcance nacional, el resto son simples movimientos personalistas de congresistas que buscan tener personería jurídica para que ello les dé derecho a televisión, les dé derecho a recibir una plata que otorga el Consejo Nacional Electoral anualmente para sufragar una serie de gastos, para otorgar avales a concejales, etc. Pero ninguno es un partido ideológico, programático, que presente ideas distintas a otros partido, grupo o movimiento político, sólo son fachadas para obtener mayores ventajas de tipo político. Reitero, actualmente hay 63 partidos políticos, si se aplica el punto quince de este referéndum que tiene que ver con el umbral para partidos políticos, de acuerdo con la elección para el Congreso anterior tan solo reunirían las características y los elementos propios de un partido, ocho, es decir tan solo existirían ocho de los sesenta y tres partidos que existen hoy. Al hablar del 2 % no se quiere establecer una hegemonía política de un solo partido, ni un bipartidismo, sino lo que se quiere es estimular un sistema multipartidista moderado en el cual no existan hegemonías pero sí se permitan la existencia de verdaderos y serios partidos políticos.

La esencia y lo que se quiere frente a esta propuesta es que vayamos a un sistema multipartidista moderado donde existan entre ocho y doce movimientos o partidos políticos; éste es un número adecuado en donde se pueden representar las diferentes tendencias ideológicas. Lo que ha pasado hoy es que tenemos una democracia en la cual no hay sino minorías, ejemplo de ello es el Polo Democrático en el Congreso y en especial hablemos del Senado, este grupo político tiene 17 senadores que son elegidos por 15 partidos distintos, el bloque Uribista tiene más o menos 30 senadores elegidos por 22 partidos distintos; ello qué quiere decir, que en realidad en Colombia no existen ni 22, ni 30 ni 63 partidos, lo que quiere decir es que en nuestro país no existen partidos.

De lo que se trata es que existan partidos políticos estructurados en términos de programas, que le respondan a su electorado, que respondan por sus propuestas, que puedan hacer política de manera colectiva, pero si se mantiene el sistema actual que con 50.000 firmas se crea un partido

político y que es más fácil tener personería jurídica para un partido político que salir electo para un concejo municipal, pareciese que esa no es la democracia que todos queremos.

Este mecanismo reduce el número de partidos políticos y no cierra las puertas a los reales partidos minoritarios, porque en el Senado se creará una circunscripción especial nueva para minorías políticas de tres senadores; minorías políticas son los partidos, grupos o movimientos que tiene de acuerdo a una definición legal votación en más de diez departamentos y que no tienen más del treinta por ciento de la votación en un solo departamento, la votación de los tres mayores que tenga las características anteriormente mencionadas podrán entrar en la circunscripción de minorías políticas. Entonces, el aumento del umbral para no borrar los partidos políticos pequeños que no pueden asociarse, que no tiene forma de aliarse con otros, se crea la circunscripción de minorías políticas.

Pregunta número 7. Trata de la pérdida de investidura, tiene varios elementos; este punto amplía las causales de pérdida de investidura y hace más fuertes las ya existentes.



Se pierde la investidura por la inasistencia y la no posesión en los cargos de las corporaciones públicas, y se crean dos nuevas causales de pérdida de investidura que son muy importantes y las cuales mencionaré a continuación:

1. Por la violación al régimen de financiación de las campañas; es el cuento de los topes, los topes de las campañas; son una manera de mantener un equilibrio en las posibilidades de los distintos candidatos, se pone un tope para que el dinero no sea el determinante en unas elecciones, pero violar esos topes o gastar más plata de la permitida hoy en día no tiene ninguna consecuencia, se paga una multa y en muchas ocasiones los candidatos presupuestan dicha multa dentro de los gastos de la campaña que son mucho más altos de los permitidos, entonces tal limitación no está sirviendo para producir el equilibrio necesario en una competencia política.

Si se aprueba el referéndum la violación de los topes o al régimen de financiación de campañas da lugar a que se pierda la curul; ésta es una medida tremendamente fuerte en términos de investidura.

2. La gestión de auxilios de dineros públicos da lugar a la pérdida de la investidura.

El parágrafo transitorio que trae este artículo, le da la facultad al gobierno para que éste reglamente la pérdida de la investidura, la pregunta es ¿por qué el Congreso le otorga esta facultad al gobierno? Porque la pérdida de investidura tiene que ver con un conflicto de intereses que se vivencia en el interior del Congreso y mal podrían ellos legislar sobre situaciones propias que se viven en el interior de la corporación, es por tal razón que se le confiere al gobierno la facultad de reglamentar la pérdida de investidura. Para evitar que con esta reglamentación que realice el gobierno sobre la pérdida de investidura no le devuelva la investidura a funcionarios que ya la han perdido, es preciso decir que tal normatividad no tendrá efectos retroactivos, por lo tanto esto endurece la pérdida de investidura y va a establecer un reglamento estricto realizado por el gobierno sobre el régimen de pérdida de investidura.

Frente a la violación de los topes, reitero, hoy en día no se tiene ninguna consecuencia; con esta disposición la violación de topes va a tener consecuencias sobre la elección misma, porque la persona que viole los topes, puede perder la investidura. Eso sin duda va a estimular a que se presenten las denuncias correspondientes por violación al régimen de financiación, hoy la pre-

sentación de esa denuncia no tiene consecuencias, pues la violación de los topes sólo genera el pago de una multa, pero con esta norma la sanción es muy fuerte y se va a afectar es la elección misma, ello genera un control social más directo por parte de los ciudadanos.

Pregunta número 8. Este punto tiene dos elementos importantes, que son:

1. Establece topes a las pensiones con recursos del Estado, un tope máximo de 25 salarios mínimos legales a toda pensión con recursos del Estado.

2. En el año de 1993 se hizo una reforma pensional con la expedición de la Ley 100, la cual entró en vigencia en el año 1994, esta reforma estableció un régimen de transición de 20 años, es decir, que las personas que en ese momento tenían determinadas expectativas sobre pensión no se les aplicaba la Ley 100, sino el régimen de transición. Esta disposición reduce el régimen de transición del año 2014 que era el final del régimen, al año 2007, es decir, reduce en 7 años el final del régimen de transición; a partir del año 2007 no podrá existir pensión alguna del Estado distinta a las condiciones generales de pensión, que son, edad, cotizaciones y un tope general de pensiones, esto iguala a todas las personas en el Estado y termina con todos los regímenes especiales que se han establecido para efecto pensional, tiene un elemento muy importante y es que evidentemente a muchos sindicatos no les gusta esta disposición, particularmente a los sindicalistas que se pensionan con más de 25 salarios mínimos y con edades que oscilan entre los 40 y 45 años. Esta disposición afecta los regímenes pensionales especiales provenientes de normas y acuerdos entre nacionales de cualquier naturaleza.

Esto quiere que las convenciones que hayan pactado mecanismos pensionales distintos a la Ley General de Pensiones, no tendrán efecto a partir del año 2007, es por ello que existen sindicatos del Estado que se están oponiendo al referéndum, porque este punto los afecta de manera sustancial y particularmente a los niveles altos de los grupos sindicales, pues a partir del año 2007 no van a existir privilegios para los miembros de unos sindicatos frente al resto de los colombianos. Esta es una de las razones por las cuales la Central Obrera se opone de manera frontal al referéndum.

La pregunta octava tiene otro elemento que es importante estudiar, y es que todos los salarios y pensiones superiores a 27 salarios mínimos, hasta el año 2006, es decir, por 4 años, no tendrán aumento, o sea, los altos funcionarios del Estado y las altas pensiones del Estado no tendrán reajuste en los próximos cuatro años.

Pregunta número 9. Supresión de contralorías departamentales y municipales.

Este punto tiene los siguientes elementos:

1. La Ley 617 que hizo el ajuste fiscal en municipios y departamentos eliminó las contralorías de los municipios que recibían principalmente recursos de transferencias, porque esos recursos ya estaban auditados por la contraloría general y eliminó más de cien contralorías municipales; quedan hoy en día 66 contralorías, una en cada departamento y 32 en los municipios más grandes del país. La propuesta que se encuentra en el referéndum es que las contralorías tengan vigencia hasta diciembre de este año, lo que quiere decir, que se eliminen, y el control fiscal será establecido mediante una ley posterior que se tramitará en el Congreso, es preciso decir que la función de auditorías de las contralorías la ejercerá la Contraloría General de la Nación.

Esta propuesta tiene una crítica basada en que no se va a saber qué control fiscal realizará la Contraloría General, el control fiscal se va a crear y se tiene que crear, es claro que no se busca suprimir las contralorías para suprimir la función de control fiscal, sino hay que crear un mecanismo de control fiscal que sustituya las contralorías. Otra crítica que se hace es que la propuesta presentada es centralista, es decir, se pasa de la contralorías departamentales y municipales a ser controlados los gobernadores y alcaldes por la Contraloría General de la Nación. Ello es parcialmente cierto, pero ya existe para la mayoría de los municipios que los recursos transferidos son auditados directamente por la Contraloría General de la Nación.

Este punto tiene críticas pero también presenta ventajas muy grandes; las contralorías no han servido en realidad para controlar el despilfarro o la corrupción; si se mira el costo de las contralorías que existen se aproxima a los doscientos cincuenta mil millones de pesos (\$ 250.000'000.000.00) al año y lo que han recuperado por juicios fiscales estas contralorías no suman más de dos mil quinientos millones de pesos (\$ 2.500'000.000.00) al año, por lo tanto te-

nemos un aparato muy grande para controlar gastos que no ha logrado evitar la corrupción a nivel departamental ni municipal.

Hay que construir un nuevo concepto de control fiscal, se reconoce que hoy no existe, que no hay una alternativa para decir que éste es el nuevo sistema, pero lo que sí está claro es que el sistema actual no funciona adecuadamente, las contralorías en general son parte de la repartición política de municipios y departamentos, son fortines políticos que pertenecen a ciertos dirigentes y hacen parte del engranaje político de cada departamento y más que instrumento de control fiscal, son parte del mecanismo de repartición burocrática de municipios y departamentos. El costo de estas contralorías es muy grande para que ellas no estén presentando los resultados queridos.

La idea es que se suprima la entidad pero no la función, en el caso de las contralorías se suprime la entidad departamental y municipal pero la función de control fiscal la asume la Contraloría General de la Nación.

En el caso de las personerías, se suprimen las personerías de aquellos municipios cuya población sea superior a 100.000 habitantes, la función la asumiría la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo. Reitero se trata de suprimir la entidad pero no la función.

Esto significaría un ahorro muy importante, y ese ahorro se encuentra establecido en el referéndum para que se destine a salud y educación, los ahorros que se den por la supresión de entidades, después de pagar las indemnizaciones correspondientes al personal de las entidades que se suprimen, se destinarán por 10 años en el municipio en donde se suprime la entidad y en donde se generó el ahorro a salud y educación.

Frente a las personerías en municipios pequeños, es muy difícil que éstas se vayan a remplazar; por ello en este punto no se contempla la posibilidad de supresión de estas personerías en los municipios cuyo número de habitantes no exceda de 100.000, pues es claro que en estos municipios no hay oficinas ni de la Procuraduría General ni de la Defensoría del Pueblo, no existe una entidad que sustituya las funciones de dicha dependencia, entonces, en estos municipios no se van a suprimir la personerías, pero sí en los municipios cuya población exceda de 100.000 habitantes, donde normalmente allí se encuentran oficinas de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo que podrían cumplir esas funciones.

Pregunta número 11. Es una formulación nueva para volver a prohibir los auxilios parlamentarios; algunos consideran que es innecesaria someter a referéndum este punto porque los auxilios ya están prohibidos con la Constitución Política de 1991; pero los auxilios, está demostrado, tienen más vidas que un gato. En principio se prohibieron los auxilios y se crearon los fondos de cofinanciación que son lo mismo que los auxilios parlamentarios, son el manejo del presupuesto a nivel personal entre gobierno y parlamentarios, los fondos de cofinanciación tuvieron una gran discusión, un gran debate y se cerraron; posteriormente el Ministro Dr. Santos creó los cupos indicativos, que consisten en que a cada parlamentario le dan un cupo de cierto dinero, para que él exprese en qué cosas se va a emplear, en que proyectos se va a emplear dicho cupo; esos son auxilios parlamentarios; simplemente le cambiaron de nombre. Entonces como los auxilios parlamentarios se prohibieron con la Constitución de 1991, pero siguen existiendo, por lo tanto hay que volverlos a prohibir, este punto tiene relación con la pérdida de investidura, recordemos que la pérdida de investidura se puede dar por gestión de auxilios por parte del parlamentario.

Pregunta número 12. Los ahorros de las entidades que se supriman se destinarán para educación y salud.

Pregunta número 13. Este punto es muy importante y sobre todo para Santander.

Existen dos clases de regalías por explotación de recursos naturales que son:

1. Las regalías de los municipios y departamentos productores; este tipo de regalías no se tocarán con el referéndum.

2. Las regalías que van a la Nación. Estas sí se tocan, son las que corresponden al artículo 361 de la Constitución Nacional. Las regalías nacionales, es decir, las que corresponden a la Nación, van al Fondo Nacional de Regalías, este fondo tiene por ley una serie de distribuciones de esas regalías nacionales en una inmensa cantidad de proyectos y de proyecticos en los cuales hay medio por ciento de las regalías para la Ciénaga de Zapatoza, un porcentaje para la cuenca del río X, un tanto por ciento para la red eléctrica rural del municipio Y, es decir, las regalías son una feria distribuida en 2.500 proyectos; el año pasado seiscientos millones de pesos (\$ 600'000.000.00) se distribuyeron en 2.500 proyectos de los cuales algunos tendrán relevancia y efecto social, otros no lo tienen.

De lo que se trata es de cambiar las prioridades; ¿qué es lo que se pretende cambiar? Primero que las regalías sí representen una diferencia en el desarrollo del país; distribuidas las regalías en 2.500 proyectos y proyecticos no representan una diferencia cierta en el desarrollo del país, con ello no se quiere decir que esos proyectos no sean importantes, todo lo contrario, sí son importantes; la pregunta es ¿cómo pueden hacer diferencia? De lo que se trata es que las regalías de la Nación se destinen en un 56 % para la educación, un 37 % para el saneamiento básico y un 7 % para el fondo de pensiones territoriales, esto implica cambiar las prioridades, prioridades es dejar de hacer una cosa y hacer otra, no se van a hacer los 2.500 proyecticos, pero sí se van a dedicar las regalías de los recursos naturales de la Nación a la educación y al saneamiento básico, eso en un curso de 10 años sí puede significar una gran inyección de recursos a los sectores que requieren de inmensas cantidades de dinero para poder cambiar la situación; con proyecticos pequeños no se van a cambiar las cosas, si se dedican durante muchos años el 56 % de las regalías a la educación ello generaría una educación de mayor calidad y una ampliación sustancial de la cobertura de la educación.

Este punto es muy importante porque realmente afecta recursos; no se busca ahorrar, lo que se busca es cambiar de una prioridad a otra y éste es uno de los temas de mayor trascendencia del referéndum porque este artículo estudiado y analizado con el anterior muestra que los recursos que se afecten en el referéndum, los recursos públicos sustancialmente van a estar destinados a la educación y saneamiento básico, que son dos necesidades tremendamente importantes para el país y que requieren de un financiamiento continuo; uno no puede cambiar la educación de un país si no la cambia por lo menos a lo largo de una generación; con mejorar el nivel undécimo de la educación no se arregla la educación del país, hay que empezar desde el nivel o hasta el nivel universitario, sólo así puede cambiar el capital humano de los colombianos y puede tener la gente reales oportunidades; porque en una sociedad desigual como la nuestra lo único que permite romper esas cadenas de desigualdad es la educación.

Este punto, y es bueno aclararlo, no toca los recursos de la salud, se refiere este punto es al saneamiento básico que es el tratamiento de aguas, el suministro de la misma, elementos sa-

nitarios generales de la población; no el sistema de salud, que tiene una financiación por la vía de los aportes y del presupuesto.

Pregunta número 14. Tal vez es el punto más polémico del referéndum; antes de empezar, les voy a decir una de las críticas que hay por parte de los sectores que se oponen, dicen que el referéndum es un instrumento populista, populista quiere decir que contiene elementos que presentan favorabilidad en la mayoría de la población y que atraerían a la población a votar a favor; este artículo demuestra todo lo contrario, demuestra que el referéndum no es un instrumento populista porque este punto es impopular, este artículo dice que se congela el gasto público del funcionamiento.

Presenta dos excepciones, la primera de ellas es que los salarios menores a dos salarios mínimos no se congelarán, los salarios superiores a dos salarios mínimos de empleados del Estado se congelarán por un término de dos años, la segunda excepción es que no se congelan las transferencias de la Nación a los departamentos y municipios, de resto se congelan todos los gastos de funcionamiento.

Las personas que argumentan que este referéndum es populista, tendrán que mirar el referéndum sin este artículo, pues, este punto afecta a la gente de manera directa y además la afecta de

manera negativa, particularmente a los empleados del gobierno que ganan más de dos salarios mínimos, los altos dignatarios del Estado que ganan más de 25 salarios mínimos se les congelara el sueldo por cuatro años.

¿Cuál es el sentido de presentar esta propuesta a través del referéndum? Es un sentido democrático, esta norma la puede aprobar el Congreso sin que exista debate público; hace dos años, el Congreso anterior congeló las transferencias en el acto legislativo número 12, el Congreso perfectamente ha podido aprobar este punto de la congelación de salarios y ha podido aprobar la congelación de los gastos de funcionamiento. Llevarlo al referéndum es un acto de creencia en la democracia, porque es la gente la que va a votar si quiere o no que se le congele su salario, específicamente los empleados públicos que es a quienes se les congelará el salario y no a los empleados del sector privado.

Esto ha generado una gran oposición al referéndum por parte de los sindicatos del Estado, como el sindicato de educadores, los sindicatos de la salud y en general los sindicatos del Estado se oponen al referéndum por este artículo. Con ello se quiere demostrar que el referéndum no es populista, el referéndum lo que pretende es que se adelante un debate con seriedad entre los colombianos y que la gente vote si le parece ade-



cuado que se congelen los salarios de los empleados públicos que ganan más de dos salarios mínimos.

¿Por qué es necesario este punto? Porque las finanzas del Estado se encuentran absolutamente descuadradas, por eso es que en los últimos 10 años han existido cinco reformas tributarias, cada gobierno realiza dos reformas tributarias en promedio, es decir, suben los impuestos; esto se presenta porque la mitad del presupuesto de gastos de la Nación se financia con los impuestos y la otra mitad se financia con deuda, es decir, con préstamos bancarios. Colombia lleva 10 años en un estado en el cual la mitad del presupuesto se financia con crédito, eso era muy bueno cuando existía tanto crédito, que salía el gobierno y le prestaban bonos y más bonos todos en dólares; hoy ya se llegó a una cifra gigantesca de endeudamiento del país, pero ese endeudamiento no sólo ha sido a nivel exterior, a nivel interior también se ha dado, a través de los TES, que son títulos del gobierno en donde se capta dinero de los colombianos para financiar presupuesto, entonces, el gobierno no puede seguir viviendo de la deuda; cuando el gobierno sube los impuestos la crítica general es porque el gobierno no se aprieta el cinturón, porque le cobra impuestos al ciudadano en vez de dejar de gastar tanto, pues bueno, éste es el apretón del cinturón que presenta el gobierno, el gobierno va a dejar de gastar o a parar el ritmo de gastos, ¿cuál es el componente principal de gastos del Gobierno? Son los gastos de personal.

La ley 617 del 2000, pretendió ajustar el desbordado gasto de los departamentos y municipios que estaban endeudados, quebrados e intervenidos debido a que las administraciones departamentales y municipales para poder cumplir con su programa de gobierno se encargaban de endeudarse, contratar créditos, pignorar las rentas y acabaron los municipios y departamentos quebrados. La Ley 617 de 2000 fue una ley de ajuste fiscal a los departamentos y municipios para que de allí en adelante ajustaran sus presupuestos, en todos los municipios y departamentos del país se redujo la nómina de empleados, se redujeron los aumentos salariales, se redujeron los gastos superfluos y los departamentos y municipios en su gran mayoría hoy ya han saneado sus deudas, eso no le sucedió a la Nación, la Nación aún no ha saneado sus deudas, la Nación gasta el doble de lo que recibe, por lo tanto una vía para financiar el presupuesto es mantener algunos créditos, no todo con créditos; no podemos pasar de depender la mitad del presupuesto en créditos a

no tener créditos, otra parte con impuestos, y la otra parte con reducción de gastos, eso es lo que presenta esta propuesta.

¿Y a dónde va ese ahorro? El ahorro que va de las transferencias que se realizan a departamentos y municipios y que no va a ser destinado en los aumentos salariales, esa plata va a financiar los fondos de pensiones territoriales, los fondos de pensiones de los empleados de los departamentos y municipios, de los maestros y del sector salud, es decir, ésta es plata que va directamente a financiar los fondos de pensiones que están desfinanciados en los sectores de empleados públicos.

Éste es uno de los puntos más relevantes del referéndum y por ellos es que tiene sentido que el referéndum se debata, porque así podemos saber cuáles son las consecuencias de todo lo propuesto; esto lo habría podido aprobar el Congreso y el ciudadano se hubiese podido enterar con la lectura del periódico en donde se le diría se congelan los gastos por dos años, y el Congreso no tiene ningún problema para hacer eso, pues, el Congreso aprueba los impuestos que quiera sin tener ninguna consideración sobre nada en este tipo de decisiones que adopta el legislativo, llevarlo a un referéndum es una medida responsable.

La discusión sobre la congelación de gastos, lo que quiere decir es que es muy importante para la estabilidad financiera y económica del país, porque una cosa es tener el salario congelado por este año y el siguiente, pero teniendo salario y empleo, y otra cosa es no tener salario ni empleo o tener la ficción de que el salario no está congelado y que al cabo de uno o dos años la entidad quiebre y no exista ni salario, ni pensión, ni empleo. Este punto puede garantizar que haya empleo y salarios así este último se congele por un periodo de dos años; ello generaría una estabilidad financiera que permitiría a las entidades del Estado subsistan adecuadamente.

Pregunta número 15. Es una regulación de los partidos políticos, lo que dice es que partidos que no logren el 2 % en las votaciones o de senado y de cámara de representantes o el 5 % en las elecciones presidenciales, no pueden tener personería jurídica, distinta regulación tendrán los partidos de las circunscripciones indígenas o circunscripciones minoritarias que tendrán otras reglas, entonces, esto lo que hace es reducir de 63 partidos políticos que tenemos hoy a 8 según los datos aportados por las elecciones anteriores.

LA FACULTAD Y EL PROCESO DE AUTOEVALUACIÓN*

Por: *Comité de Autoevaluación y Regulación Académica - Facultad de Derecho*

Coordinador: *Rodolfo Delgado Gamboa
Abogado - Catedrático*

La Constitución Política de 1991 le otorga al Estado Colombiano la obligación de regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación; control desarrollado por la ley 30 de 1992, en la que se plantean nuevas exigencias para la educación superior tendientes a evaluar sus condiciones de calidad y eficacia en la aplicación de los métodos y programas institucionales.

La Universidad Santo Tomás a partir del día 14 de mayo de 1999 decide encaminarse en el "Sistema Nacional de Acreditación" y dar inicio a la autoevaluación de once (11) programas de pregrado en la sede de Bogotá y seis (6) programas en la Seccional Bucaramanga.

Con ese objetivo, y cumpliendo con las tres fases establecidas por el Consejo Nacional de Acreditación, se efectuó, por pares académicos, la verificación de las condiciones iniciales, en visita llevada a cabo la última semana del mes de octubre de 1999 en la sede central de Bogotá, y en la primera semana del mes de noviembre del mismo año en la Seccional de Bucaramanga.

Una vez agotada esta primera etapa de verificación, y obtenida respuesta positiva a la solicitud de ingreso al Sistema Nacional de Acreditación, se da inicio al proceso autoevaluativo con la conformación del "Comité de Autoevaluación y Regulación Académica" al interior de la facultad de derecho, integrado por miembros docentes y estudiantes del programa, organizados en grupos focales de trabajo, encargados de planear

y ejecutar de manera coordinada todas las acciones requeridas por el proceso de Autoevaluación emprendido.

En el primer semestre del año 2000 se vinculan formalmente al Comité siete (7) Docentes y siete (7) estudiantes, que conforman igual número de grupos focales, encargados de lo concerniente a cada uno de los siete factores de análisis sugeridos por la guía del Consejo Nacional de Acreditación; con el propósito de consolidar un adecuado nivel para el equipo de trabajo, fueron convocados a participar del Comité, el Decano de Facultad, la Secretaria de División, el Secretario General de la Universidad y como personal de apoyo logístico se vinculó a uno de los ingenieros de sistemas adscritos a la Institución y a una de las secretarías de la facultad de Derecho.

Con la designación de los grupos focales se inicia la ponderación de los siete factores, 66 características y más de 150 variables, que constituyen los referentes a seguir con el objeto de avanzar en el fortalecimiento del proceso de Autoevaluación y soportar el acercamiento a la calidad en la educación ofrecida por la Facultad.

La ponderación o asignación de valores a las diversas características, partió de la atribución de un mérito relativo a cada una de las variables y dentro de éstas fue asignado un valor a los indicadores sin que la suma de tales valores para la respectiva variable llegare a sobrepasar el valor atribuido a la variable respectiva; igualmente se aplicó en lo relacionado con el factor. El valor atribuido a cada uno de los indicadores, así como a cada variable, oscila en una escala de 0% al 100%.

Es importante resaltar que la ponderación está en plena concordancia con la misión, el proyecto educativo institucional, la especificidad del programa, los estamentos de la universidad y los procesos académicos.

Obtenida la ponderación y partiendo de la perceptible necesidad de contar con información suficiente y veraz para sustentar el proceso autoevaluativo, se decide proyectar la aplicación de una gran encuesta a estudiantes, docentes, directivos, egresados y empleados

La encuesta fue tabulada y su información sistematizada, lo que facilitó la obtención de datos estadísticos consolidados de manera independiente para cada una de las fuentes consultadas, permitiendo los respectivos análisis interpretativos de los instrumentos, los cuales arrojan la información de soporte para continuar con el proceso.

Con base en los análisis efectuados, se elabora un documento que contiene las sugerencias y acciones a ejecutar con miras a superar las debilidades encontradas en el ejercicio analítico - estadístico.

Continuando con la aplicación de instrumentos, a partir de este momento, el comité toma como derrotero el recaudo de los documentos pertinentes para apoyar el proceso autoevaluativo, los cuales fueron determinados teniendo en cuenta la guía sugerida por el C.N.A.

Identificados los documentos de soporte se constató su existencia, así como la existencia de procesos previos que sirvieron de sustento en la redacción de otros; de tal manera que permitieron verificar las condiciones actuales, bajo las cuales se desarrollaban las diferentes actividades del programa académico; acción que inicia con el estudio y elaboración de borradores en cuanto a temas como:

- *La Misión del Programa*
- *Descripción de la metodología empleada y un resumen de las acciones realizadas en el proceso de autoevaluación*
- *Síntesis de la Misión y del Proyecto Institucional*
- *Información Básica del Programa*
- *Plan de Estudios, síntesis de los objetivos y otros aspectos relevantes del currículo.*
- *Proyecto Educativo Institucional y su divulgación.*
- *El Plan de Desarrollo Institucional*
- *Convenios y reglamentos*
- *Procesos de selección docente y estudiante*
- *Políticas de investigación del Programa, monografías de grado por módulo y relación de trabajos de investigación de docentes*
- *Portafolio de servicios de la Facultad*
- *Catálogo de Publicaciones*
- *Políticas de Proyección Social*
- *Consultorio Jurídico*
- *Listado de egresados*

De las actividades desplegadas, se generan tres documentos: Misión del Programa, Enfoque Curricular y Políticas de Investigación, con base en los cuales se desarrolló el primer taller "Reflexión, Aprobación y Socialización de los documentos soporte de la Acreditación". A los participantes en el taller se les entregaron previamente los documentos que fueron objeto de debate y estudio, permitiéndose de esta forma agilizar las actividades propias del taller. Durante el desa-

rollo se aprobó el texto que corresponde a la Misión del Programa, quedando pendiente como responsabilidad para los grupos que se conformaron, la consolidación de los documentos correspondientes a Enfoque Curricular y Políticas de Investigación. Igualmente, se facilitaron espacios para debatir y generar puntos de encuentro conceptuales con relación a la información doctrinal y pedagógica que sobre el Sistema Modular existe, con el compromiso de redactar un documento que permitiera la socialización del trabajo realizado. En la ejecución del taller y por el cuidadoso examen del modelo pedagógico del Sistema Modular, se dio aprobación al documento que contiene el Enfoque Curricular del programa el cual sería presentado al Consejo de Facultad para su estudio y aprobación.

Las directivas de la institución y el Decano académico adoptaron la decisión de fortalecer el comité, asignando nuevos docentes e incrementando las horas cátedra remuneradas por desempeño de labores de autoevaluación. Esta nueva estrategia, junto a la asignación de espacio físico, contribuyó a que durante el segundo semestre de 2002 se avanzara significativamente en la elaboración de los documentos requeridos en el proceso autoevaluativo.

En este período del 2002 se buscó consolidar la elaboración del documento final de autoevaluación cuyos objetivos consistieron en:

- Institucionalizar en el Programa de Derecho el proceso de autoevaluación y regulación académi-



ca como herramienta para optimizar los diferentes factores señalados como referente de calidad en la educación superior.

- Consolidar la estructura, contenido y redacción del documento Ejecutivo de Informe Final y sus anexos, con destino al Consejo Nacional de Acreditación.

Para el logro del cometido se emprendieron acciones tendientes a definir e implementar políticas verbigracia de investigación, proyección social, seguimiento de egresados, y así de esta forma lograr el mejoramiento del servicio educativo ofrecido por el programa de Derecho.

Igualmente se acometió la tarea de continuar la divulgación del Proyecto Educativo Institucional y del Plan General de Desarrollo, modelo pedagógico de la facultad (sistema modular); compilación de documentos Institucionales; elaboración y divulgación del Portafolio de Servicios; entre otras de las actividades desarrolladas.

Al final del año se efectuó la elaboración del documento correspondiente al plan de autoregulación y se proyectó el documento ejecutivo de Informe Final

Durante el segundo semestre de ese año se realizaron por iniciativa del Comité de Autoevaluación, entre otras, las siguientes actividades: La socialización de los resultados de la encuesta de evaluación a los docentes, aplicadas a los estudiantes en el primer semestre del año y la aplicación de una nueva encuesta en el segundo semestre; proceso que se realizó efectuadas las modificaciones al modelo de encuesta de evaluación a docentes del primer semestre de 2002.

Se implementó un segundo taller; en este caso de reflexión, accesibilidad y aprobación de documentos soporte de la acreditación. En el taller se trataron temas como marco teórico conceptual del sistema modular, propuesta misión de la Facultad de Derecho, enfoque curricular y políticas de investigación; obteniéndose de ello, un escrito completo sobre: aspectos más relevantes de dichos documentos; inquietudes y sugerencias tendientes a mejorar tales textos y propuestas de acciones para su ejecución.

Por tercera ocasión en el período, se llevó a efecto un nuevo taller, dirigido a docentes y directores de módulo, esta vez sobre el sistema modular. La finalidad fue generalizar las principales

características del modelo, conocer su real práctica y lograr su aplicación frente al personal discente.

Concluyendo el semestre y dentro de las actividades planeadas por el comité, se realizó un último taller sobre el Sistema Modular frente a la política de créditos; actividad que fue orientada por la Decana de la Facultad de Derecho de Bogotá. Al evento asistieron docentes, estudiantes y el comité de autoevaluación; proponiéndose como conclusión, la unificación de los contenidos de las asignaturas, la intensidad horaria y otros aspectos para facilitar el transcurso al sistema de créditos.

Atendiendo a los requerimientos del Programa y conscientes de la importancia de la Investigación en los procesos educativos, por iniciativa del Comité de Autoevaluación y Regulación Académica, la Facultad de Derecho decide conformar un nuevo grupo de trabajo con la labor específica de reorientar la investigación del programa, desligando ésta función del Comité de Trabajos de Grado.

En la primera parte del año 2003, se continuó con el desarrollo de los proyectos de divulgación de los diferentes documentos compilados y elaborados por el comité; diseñando talleres dirigidos a estudiantes y docentes destinados a fortalecer el conocimiento y apropiación del contenido de los mismos.

El Comité, frente a la necesidad de verificar los avances de la gestión desarrollada, decide elaborar y diligenciar un nuevo formato del cuestionario dirigido a estudiantes, docentes, directivos, empleados y egresados. Luego de tabulada y analizada la información recolectada, se procedió con base en ella, a la comparación cuantitativa y cualitativa de los datos obtenidos con la primera encuesta, lo que permitió la revisión del cuerpo central del informe

El proyecto de informe final estructurado ha sido objeto de sucesivas revisiones en el seno del Comité de Autoevaluación y Regulación Académica, en el Comité Curricular, en instancias directivas de la facultad, y por la directora del área de autoevaluación y regulación académica de la Universidad.

* Extracto informe final de Autoevaluación

DERECHO Y RELIGIÓN

Por: Gustavo Pinzón González
Abogado - Catedrático

*"En el nombre de Dios,
Autor i Lejislador del
Universo"

Los juristas de hoy no discuten si el derecho es o no religión, como tampoco los teólogos podrían afirmar que la religión es derecho, éstos dos conceptos han tomado el distanciamiento que les dio la historia, pero nadie niega que en los primeros tiempos de la humanidad existió un sistema político-jurídico-teocrático, en donde se gobernaba por principios de moral religiosa o derecho divino, que era el mismo derecho natural por oposición al derecho escrito propio de los gobernantes. La religión es el conjunto de dogmas y creencias acerca de Dios a quien reconocemos como ser supremo por medio de la liturgia o prácticas rituales y en asocio de unas costumbres o moral. Es una virtud que por medio de la fe perfecciona nuestra voluntad, es la ciencia que nos enseña el conocimiento de Dios y los deberes morales que él nos ha impuesto ⁽¹⁾. Dice CICERÓN en su obra *De Natura Deorum II, 28*, que la palabra latina religio se deriva del verbo *relegere*, que significa reflexión sobre cosas importantes, temor, piedad. LACTANCIO deriva el término religión de *religare*, ligar dos veces, vincular, atar. SAN AGUSTÍN considera que la etimología de religión es *reeligere*, que significa reelegir ⁽²⁾. La religión es un lazo que une al hombre con Dios, es el vínculo espiritual del hombre con las divinidades, el incumplimiento de sus mandatos conlleva cas-

tigo en la vida eterna. El hombre ha aceptado desde el principio de los tiempos un derecho superior que viene de los dioses al que lo llamamos *natural* por oposición a un derecho humano y fallible, que hoy llamamos *positivo*. El derecho es un mandato, una orden, un precepto que impone unos comportamientos y el hombre siempre ha creído en un mandato divino. A manera de ejemplo hagamos una breve evocación de ese derecho divino natural desde las primeras culturas:

En la antigua Grecia: En Grecia la justicia fue llamada "la reina de las virtudes", y se le hizo descender de la máxima divinidad, Zeus, en su etimología de Ius.

Entre los escritos del poeta SÓFOCLES (n. en Colona hacia 496 a.c.) se narra el drama de Antígona, hija de Edipo. Creonte era rey de Tebas, cuando la ciudad fue atacada, Etéocles y Polinises, hijos de Edipo y hermanos de Antígona estuvieron en aquella batalla militando en filas contrarias, y se dieron muerte mutuamente. Creonte ordenó que al cadáver de Etéocles se le diera sepultura con honores fúnebres y al de Polinises, traidor a la patria, prohibió darle sepultura, pero su hermana Antígona no vaciló en quebrantar la ley del gobernante y sepultó a su hermano pero la sorprendieron en los ritos funerarios, por ello fue sepultada viva en una bóveda; en este relato fundamentan los defensores del *derecho natural* su existencia, como derecho proveniente de los dioses.

Creonte le dice a Antígona "tu que inclinas la cabeza hacia el suelo confiesas haber sepultado a Polinises?"

Antígona: "confieso que lo he hecho y no lo niego"

Creonte: "sabías que por mando se había prohibido hacer eso?"

Antígona: "lo sabía, cómo no había de saberlo si era público"

Creonte: "y no obstante osaste violar estas leyes?"

Antígona: "sí, porque no fue Zeus quien me promulgó esa prohibición; ni la justicia, compañera de los dioses subterráneos estableció esas leyes entre los hombres. Y yo no he creído que tu decreto tuviere fuerza suficiente para dar a un ser mortal poder para despreciar las leyes divinas, no escritas, inmortales. Su existencia no es de hoy sino de siempre, y nadie sabe cuando aparecieron..." ⁽³⁾

* Título con el cual aparece la Primera Constitución Municipal de la Provincia de Ocaña, promulgada en aquella ciudad el 14 de noviembre de 1853.

Dos diosas encarnan el derecho según HESÍODO: Themis y Diké.

“Themis encarna la idea divina del derecho y personifica la justicia o la ley eterna. Procuraba mantener el orden y la paz entre los hombres dándoles leyes justas y les inspiraba lo que justa y razonablemente debían pedir a los dioses. Como nombre común significa ley divina o moral. Themisteúo significa administrar justicia, ser juez. Es la diosa de la justicia. De su unión con Júpiter nacen las Horas, una de las cuales es Diké. Justicia o equidad, ella es quien trae el derecho del cielo a la tierra”⁽⁴⁾.



El derecho entre los Egipcios: En la primitiva cultura egipcia la religión influyó en el gobierno y en la vida cotidiana, se representaba a los dioses en animales, plantas y objetos, y se le erigieron grandes templos. Ra era el dios supremo, otra divinidad era el sol, en algunos lugares de Egipto, su dios era una trinidad compuesta por Isis, o dios madre, Osiris, dios padre y Horus, dios faraón legislador y gobernante, representado por un hombre con cabeza de gavián. Desde la dinastía cuarta se unificaron los cultos de Ra y Osiris. Los egipcios que creían en la vida después de la muerte enseñaban que un muerto debía comparecer ante el tribunal del dios Osiris, para ver si era culpable o inocente de los hechos de su vida.

Osiris administraba justicia en una gran sala, rodeada de 42 demonios, uno por cada distrito en que estaba dividido el antiguo Egipto, el difunto debía declararse inocente de un pecado ante cada uno de ellos. Estos 42 pecados pueden resumirse en: Blasfemia, perjurio, asesinato, lujuria, robo, mentira, calumnia y falso testimonio”⁽⁵⁾.

Se observa en esta cita que los delitos eran los mismos pecados que se juzgaban en un tribunal de las almas y su destino final dependía de su comportamiento en la tierra, si Osiris los condena eran lanzados al fuego eterno o arrojados a un monstruo mezcla de cocodrilo, león e hipopótamo, si eran salvados pasaban a una tierra llena de abundancia, fertilidad, felicidad y alegría. El Maar fue un conjunto de leyes egipcias, que convertían a todos los súbditos en esclavos del faraón, fue redactado probablemente en el año 2700 a.c.

El derecho en Mesopotamia: En la religión Babilónica sus dioses eran representados en formas humanas y su trinidad era Anú o el cielo, Enlil o la tierra, y Ea o la muerte. Hammurabi, gobernante y legislador, se declaró escogido por el dios Anú y la diosa Ea para impartir la justicia en la tierra y para destruir el mal, para ello creó un código de 282 artículos que precisaba la legislación de la propiedad privada, la familia, las obligaciones mercantiles, y también la organización de clases. El código de Hammurabi consideraba entre los delitos contra la familia, las ofensas, “si un hijo golpea a su padre se le cortará la mano”. El incesto entre padre e hija era sancionado con la expulsión de la tribu y entre madre e hijo era castigado con la pena de fuego, el adulterio era castigado arrojando a los culpables al río, la mujer que sin justa causa abandonaba el hogar era arrojada al río, y quien violaba a una mujer era condenado a la pena de muerte. Este Código se descubrió en las ruinas de Susa en 1901 y 1902, está escrito en pilares de diorita negra de ocho pies de altura, se calcula que fue emitido alrededor del año de 1950 a.c. Hammurabi, hijo de Amar, fue el quinto rey de la dinastía de Babel, parece que en su época ocurrió la emigración de ABRAHAM a Ur de Caldea.⁽⁶⁾

El derecho entre los Persas: En Persia, Zaratustra o Zoroastro (660-583 a.c) el máximo profeta, reformador de la religión persa, recopiló en el libro sagrado *Zend - Avesta*, las enseñanzas de justicia y moral, en este libro sagrado se contenía toda la legislación del pueblo persa que era una nación eminentemente guerrera, las leyes religiosas habían inculcado la creencia de un juicio final en el cual los humanos después de su muerte rendirían cuenta de sus actos a la divinidad, todos los varones tenían el deber de ir a la guerra, allí la esterilidad era causal de divorcio,

porque la patria necesitaba soldados, y el aborto se castigaba con la muerte a la mujer que lo causaba.

El derecho entre los Hebreos: En el pueblo hebreo existió la teocracia pura, allí hubo un gran conductor, MOISÉS, quién nos dejó su legislación o Tablas de la Ley. En los libros del Antiguo Testamento, Éxodo, Levítico y Deuteronomio se encuentran algunos principios que han sido penalizados en la ley colombiana así: Falso testimonio. Éxodo 23.1 “No esparzas rumores falsos, no te unas con los impíos para testificar en falso”, Éxodo 23.6 “No tuerzas el derecho del pobre en sus causas”. El séptimo mandamiento preceptúa no levantar falso testimonio ni mentir, todo lo anterior se consagra en el artículo 442 del C.P. bajo la tipificación de falso testimonio. Soborno. Éxodo 23. 8 “No recibas regalos, que ciegan a los prudentes y tuercen a justicia.”, consagrado en el artículo 444 del C.P. Prevaricato. Levítico 19.15 “No hagas injusticia en tus juicios, ni favoreciendo el pobre, ni complaciendo al poderoso; juzga a tu prójimo según justicia”, consagrado en el artículo 413 y ss del C.P. Incesto. Levítico 18.6 “Ninguno de vosotros se acercará a una consanguínea suya para descubrir su desnudez. Yo, Yavé”. Igualmente el Pentateuco prohibía el matrimonio entre padres e hijos y entre hermanos, todo lo anterior está consagrado en el artículo 237 del C.P. En el Pentateuco, o cinco libros llamados de Moisés, las leyes civiles y religiosas se confunden en un solo texto, la poligamia se dio en nuestro padre Abraham, quién tuvo en su esposa legítima como hijo a Isaac o Israel, y en su esclava a Ismael, de ahí que los islámicos justifiquen la poligamia. Los diez mandamientos están regulados en nuestro Código Penal como delitos: *No matar*, en el artículo 103 del C.P. que trata del homicidio. *No robar*, consagrado en el artículo 239 del C.P. como hurto. *No desear la mujer del prójimo*. En algunas legislaciones del mundo ésta prohibición podría considerarse dentro del delito de adulterio. (7)

Derecho y Religión Hindú: El código de Manú, es una serie de mandatos que se compusieron alrededor del año 200 a.c. según algunos, pero SCHLEGEL y otros lo sitúan en el año 1.000 a.c. bajo el nombre de *Manava* = Manú, *Dharma* = ley, *Shastra* = libro o tratado (8). Estas leyes fueron reveladas por SUAYAMBU, regenerador de la humanidad, después del diluvio. Allí se expone el sistema filosófico, la vida doméstica, las leyes civiles, las formas de expiación de los pecados, y el Karma o ley de reencarnación. Manú es el Noé bíblico, en ellas se narra también la histo-

ria del diluvio universal. Manú construyó un barco que lo salvó del diluvio junto con sus hijos. Según la tradición Manú fue el primer rey de la India, y ayudado por siete sabios elaboró las siete leyes teocráticas que por revelación había recibido del mismo Dios o Brahma, quien fue el creador del universo, este código reconoció como fuentes de la ley a los vedas, las costumbres, los sentimientos internos, y a los edictos del rey, en materia penal es enérgico. El rey presidía los tribunales y designaba los cargos de maestros, jueces y sacerdotes, en las leyes se decían que la tenencia de las tierras no era individual, sino familiar, las mujeres carecían de herencia, pero contaban con dote para el matrimonio “el nombre de la mujer debe ser de fácil pronunciamiento, dulce, claro y agradable” “procrear hijos y educarlos en los cuidados domésticos es el deber de la mujer” (9).

La legislación Romana: El *Corpus Iuris Canonici* dice. “Todas las leyes son divinas o humanas, las divinas se fundan en la naturaleza, las humanas en las costumbres, y estas difieren entre sí porque los distintos pueblos han preferido distintas leyes.”(10). El derecho, la religión y la moral no existían como entidades independientes, el gobernante era *rex*, *imperator*, *pontifex* supremo. *Ius* era el derecho para la administración de justicia, *fas* era el derecho como ordenamiento religioso, éste último era el espíritu religioso de los romanos. El endiosamiento de su gobernante le otorgó el título de *pontifex maximus*, queriendo decir que representaba al más importante de los sacerdotes romanos, y era a la vez emperador. El robo de templos era delito y también pecado o sacrilegio. El *fas* como derecho sagrado regulaba la conducta humana..

El Islamismo: El derecho Islámico tiene como fundamento el libro sagrado de El Corán, (ALQUR'AN o la lectura por excelencia) que es la transmisión de la palabra que Alá le hiciera al profeta Mahoma, por boca del arcángel Gabriel. Este libro es un decreto guía que exhorta al hombre a practicar el bien en este mundo para conseguir el otro.

El profeta estaba investido de poderes religiosos, civiles y militares de manera que sus enseñanzas se confundían entre leyes divinas y humanas y hoy día la vida civil y religiosa siguen indisolubles. Sura IV No 27 “Os está prohibido casaros con vuestras madres, hijas, nietas, hermanas, tías y sobrinas” (11) texto que se encuentra en nuestras leyes civiles y penales para proteger la familia.

La Edad Media: En la edad media, los juicios de Dios (ordalías) eran procedimientos crueles para castigar a quienes se consideraba culpables, como ocurría con la prueba del fuego, la inmersión del brazo en aceite hirviendo o extenderlo sobre un brasero, etc, si el inculpaado podía resistir se consideraba inocente, seguramente tenía la ayuda de Dios. LUTERO aceptaba que el mundo del derecho y el Estado se gobiernan por normas propias, independientes del mundo de la fe, pero que la religión irrumpe en el derecho a cada momento y que para el catolicismo el derecho no pertenece al orden de la gracia, pero sí al de la creación por haber sido instituido por Dios⁽¹²⁾.

El Cristianismo: De acuerdo a la filosofía tomista, la ley se divide en divina y humana, según que tenga por origen a Dios o a los hombres, a su vez, la ley divina se subdivide en eterna, natural y positiva, la humana en eclesiástica y civil. La ley divina tiene como fundamento la ley de Dios, es inmutable por descansar en la naturaleza de Dios, es universal, por cuanto cobija a todos los seres y es absoluta, puesto que no puede ser derogada por otra ley. La ley natural es la misma ley eterna, en cuanto Dios la imprime en la conciencia de los hombres, ella es la base de la moral, nos indica lo que es bueno y lo que es malo. De qué manera conocemos la ley divina?, por la revelación. Según SAN PABLO, la ley humana también proviene de Dios " toda autoridad viene de Dios" (Romanos 13.1).

Podemos concluir que son varias las legislaciones del mundo que han recibido influencia directa de las religiones y las han incluido en sus códigos. En nuestra cultura, el matrimonio monogámico, la protección de la propiedad privada, la protección sexual dentro de los miembros de una misma familia, el origen de la autoridad son herencia de nuestra religión cristiana, aquí podemos ver la proximidad que existe entre derecho y religión.

BIBLIOGRAFÍA

1. FARIA, Rafael. Curso Superior de Religión, Librería Voluntad S.A. 1.941, Pág. 18.
2. PEÑA MOTTA, Pedro Pablo. Familia, Religión y Estado, Cepla Editores, Bogotá, 1977, Pág. 18.
3. SÓFOCLES, Enciclopedia Jackson. Poetas Dramáticos Griegos, Pág. 143.
4. VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, Principialística Jurídica, o los Principios Generales del Derecho, 2 edición, Temis, Bogotá 1999. Pág. 105.
5. HISTORIA UNIVERSAL, Círculo de lectores, Tomo 1 El Alba de la Civilización, 1.984, Pág. 108.
6. FOURNIER ACUÑA, Fernando. Historia del Derecho, Ediciones Juricentro S.A, San José de Costa Rica, 1978, Pág. 32.
7. Sagrada Biblia. Edición de Nácar y Colunga.
8. JAMES, E.O. History of Religions. The English Universities Press, Londres, citado por Teresa E. Rohde.
9. ROHDE. Teresa E.. La India literaria, Editorial Porrúa S.A., 2 Edición. México 1978, Pág. 68-69.
10. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Introducción al Derecho, Temis 2001, Pág. 59 y 61.
11. EL CORAN. Libro sagrado de los musulmanes.
12. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, Ibidem.

LA CONSTITUCIÓN FORMAL Y LA REALMENTE EXISTENTE

Por: Raúl Pacheco Blanco
Abogado - Catedrático

Muchas cosas conspiran contra la voluntad de un país como Colombia para darse una carta constitucional que corresponda a sus verdaderas necesidades y que surja como un producto natural de su propia cultura.

El derecho nos viene de fuera y de ahí la dificultad de adaptar determinado modelo para ver si puede funcionar bien en nuestro medio.

Porque además el derecho moderno se resiente de esa universalidad que no permite la correspondiente particularización, sino que es elaborado como modelo de recepción global.

Así una constitución nuestra parte hacia la búsqueda de una acomodación, de una aclimatación a las costumbres nuestras y no al contrario, que sea una emanación de esas costumbres.

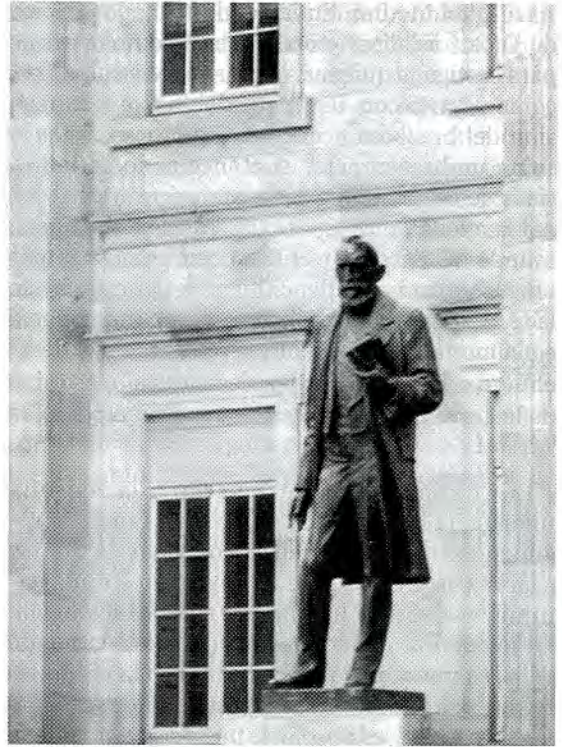
Por eso siempre estamos a la expectativa de si esa planta exótica prendió o no, si evidentemente echó raíces y empezó a crecer o el contrario, el medio la rechaza.

A esos problemas de adaptación se unen otros, como la correspondencia entre lo que dice la carta y lo que efectivamente está ocurriendo con sus normas en la realidad.

De ahí que hayamos escogido unos cuantos casos en que se ve clara esa falta de correspondencia entre la norma y su aplicación.

1. La separación de los Poderes

La separación de los poderes se constituyó en un auténtico dogma, fuera del cual no había salvación, como garantía de las libertades públicas y como verdadera conquista democrática.



Sin embargo, con el tiempo ha perdido vigencia, pues la dinámica de los estados modernos ha impuesto un ritmo que no soporta las barreras existentes.

Por eso aquello de que el legislativo está para legislar, el ejecutivo para ejecutar y administrar y el judicial para juzgar, se ha desdibujado y lo que encontramos ahora es una interpenetración de las formas del poder, donde las funciones no se reparten de manera exclusiva, sino que se comparten.

Aquí partimos de la base de la separación de los poderes y el Art. 113 de la constitución dice: "Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial". Y se agrega: "los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines". Así que tenemos establecido el principio de la separación de los poderes.

En cuanto al legislativo, nos dice el artículo 114 que el Congreso de la República está para reformar la constitución, hacer la ley y ejercer el control político del gobierno y de la administración.

Es decir, que tienen funciones legislativas, constituyentes y de control. Sin embargo, el Art. 116 entra a señalarle funciones judiciales, cuando dice: "El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales".

Y esas funciones judiciales, de acuerdo con el Art. 174, son las siguientes: "Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la cámara de representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridas en el desempeño de los mismos".

Y el Art. 175 especifica las formas en que deben ser llevados los juicios ante el Senado.

Así que la rama legislativa juzga a los altos funcionarios del Estado por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por indignidad por mala conducta.

Igualmente, el Congreso también puede decretar amnistías e indultos, cuando las circunstancias lo requieran a efecto de darle un tratamiento diferente a los delitos políticos y de otra parte cumple funciones administrativas hasta tanto el referendo disponga otra cosa.

Así que la gama de funciones de los poderes públicos se encuentra completa dentro de las actividades de la rama legislativa.

Cumple funciones que debían ser privativas tanto de la rama judicial, como de la ejecutiva.

La rama ejecutiva por su parte está destinada a ejecutar las leyes y a realizar funciones de carácter administrativo.

Pero no se quedan allí sus funciones pues también puede legislar mediante las atribuciones que le da directamente la constitución para enfrentar los diferentes fenómenos de guerra exterior, conmoción interior o de emergencia económica y social y ecológica, o bien bajo la figura de las facultades extraordinarias, cuando el legislativo se despoja de sus propias atribuciones y se las cede al ejecutivo, para que legisle sobre determinado tema y durante determinado tiempo.

Y le queda aún un remanente y es que bajo la potestad reglamentaria, con frecuencia sucede que el ejecutivo termina legislando, pues se sale de las márgenes señaladas por la ley, para invadir terrenos que no le corresponden.

Y avanza aún más el ejecutivo, pues puede llegar a conceder indultos, de acuerdo con el Art. 201, numeral 2, que dice: "Corresponde al gobierno, en relación con la rama Judicial: conceder

indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares".

Así que el ejecutivo también asume funciones de otras ramas, que en una estricta separación de poderes no debía ocurrir.

Y nos queda la rama judicial, compuesta por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces. Al igual que la justicia penal militar.

Estos organismos del Estado no solamente administran justicia sino también cumplen funciones de carácter administrativo, como es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de su sala administrativa, aunque ha habido una pequeña cirugía al crearle un gerente para atender las obras de carácter administrativo que demanda la rama judicial.

Pero ahí no se queda la acción de la rama judicial pues también cumple funciones de tipo administrativo y de carácter legislativo, como es el caso de la Corte Constitucional, dentro de las demandas que se surten por control constitucional.

La Corte no se está limitando a señalar si una norma es exequible o no, sino que entra a manipular la misma norma, para acomodarla a la constitución, cuando encuentra malformaciones de carácter constitucional.

Hecho que desde luego está siendo aceptado por la doctrina internacional, al señalarle a la Corte un papel de legislador complementario.

La constitucionalista Sandra Morelli expresa lo siguiente: "En realidad, las cortes constitucionales, con ocasión del control de constitucionalidad, también crean derecho, que obliga incluso al legislador. Y es precisamente esta vicisitud, esta situación, la que coloca a las cortes constitucionales, en una situación de prevalencia objetiva frente a todos los órganos que integran las tres ramas del poder público". (Morelli. SANDRA, 1996, 313 y siguientes).

Porque la Corte Constitucional no se está contentando con establecer si la ley demandada casa con la constitución o no, sino que entra a discriminar por una parte, si hay partes que se salvan de la inconstitucionalidad y por lo tanto así lo

debe reconocer o aquellas que no llenan esos requisitos de constitucionalidad así lo señala y proceda a desecharlas.

La Corte pues, escoge, qué parte de la ley se salva y qué partes se desechan porque no cumplen las leyes de la genética constitucional.

Pero no solamente entra la Corte a discriminar tanto en el aspecto material como en el formal de la ley, sino que también entra a adicionar, de su propia cosecha, lo que le falta a la ley para acomodarse a la constitución. Es decir, le enmienda la plana al legislador, al agregarle algo que según su concepto debería aparecer para guardar la consonancia con la constitución.

O no le adiciona algo, sino que sustituye el texto de la ley por otro elaborado por ella, para lograr la articulación con la carta.

Como podemos verlo, la Corte en estos casos, entra a ocupar la posición del legislador, al rehacer o enmendar la ley.

Porque de acuerdo con el papel tradicional de la Corte, lo que debería hacer sería devolver la norma declarada inconstitucional para que el mismo legislador sea quien le haga las enmiendas y la ponga a tono con la constitución.

La Corte le ahorra ese papel al legislativo.

Y aún más, la Corte entra a meterse en el campo de la administración, cuando modula los efectos de una ley, bien sea indicando cuándo debe entrar a operar, o bajo qué condiciones, o bajo qué circunstancias. (Pacheco. RAÚL, 2001, 224, 225, 226).

Así que la Corte Constitucional se ha convertido en un medio legislativo que enmienda la ley en lugar de controlarla, que la maneja como material legislativo y no de jurisdicción constitucional.

Por eso, en definitiva, las tres ramas del poder público terminan legislando, en la forma en que lo hemos señalado.

Las tres ramas se han "interpenetrado" y ya no cumplen funciones exclusivas, sino comunes y ya no colaboran armónicamente entre sí, como lo señala la constitución, sino que se complementan forzando su propia naturaleza.

La separación de los poderes se ha desfigurado en tal forma, que ya debiera optarse por otra forma de presentación de este fenómeno de interrelación de las ramas del poder público.



2. El poder de reforma de la constitución

Cuando se adelantaba el proceso constituyente de 1991 se presentó un inconveniente que para muchos era insalvable y que consistía en que la constitución no podía reformarse, sino mediante un acto legislativo producido por el Congreso, pues así lo establecía la constitución de 1886.

La opinión pública llegó a polarizarse entre los que sostenían esta tesis y los que alegando razones de tipo doctrinario y jurisprudencial, consideraban que sólo bastaba que el pueblo quisiera la reforma o una nueva constitución, para que de ahí se desprendiera todo lo demás.

Se adujeron razones sobre el poder constituyente, al considerar que en un sistema democrático el titular del poder era el pueblo y que por lo tanto, era quien debía decidirlo.

La tesis del abate Sieyes el mentor jurídico de los revolucionarios franceses se trajeron a cuento y al mismo tiempo se desenterraron algunas sentencias de la Corte Suprema, que ya había dado algunas puntadas para centrar en cabeza del pueblo la titularidad de esa capacidad de reforma.

Entre esas sentencias estaba una proferida el 26 de junio de 1984, que atendía una demanda de inconstitucionalidad por vicios de forma en la tramitación del acto legislativo número 1 de 1938 y que establecía la diferencia entre el poder de reforma de la constitución y el poder constituyente y señalaba además que los vicios que hubiera podido tener el plebiscito de 1957, habían sido subsanados por el pronunciamiento del pueblo a su favor, mediante la votación que había recibido.

Y en junio de 1987 la Corte igualmente se había pronunciado sobre los decretos que habían convocado el plebiscito, al reconocerles plena legitimidad al sostener: "Cuando la Nación, en ejercicio de su poder soberano decide pronunciarse sobre el Estatuto Constitucional que habrá de regir sus destinos, no está ni puede estar sometido



da a la normatividad jurídica que antecede a su decisión. El acto constituyente primario es, en tal sentido, la expresión de máxima voluntad política, cuyo ámbito de acción por su misma naturaleza escapa a cualquier delimitación establecida por el orden jurídico anterior y, por ende, se sustrae también a todo tipo de juicio que pretenda compararlo con los preceptos de ese orden" (Cepeda. MANUEL JOSÉ, 1993, 176).

En esa forma se zanjó el problema, considerando que el titular del poder constituyente era el pueblo y que el Congreso sólo podía convertirse en constituyente secundario o derivado.

Luego, si el constituyente primario quería la reforma o el cambio de constitución, eso era suficiente para darle validez y legitimidad al proceso.

Queda claro pues, que el pueblo es quien decide en materia de reforma o cambio de constitución, por ser el titular del poder constituyente, como lo es también de la soberanía, principios que también pasaron a la constitución de 1991.

Si nos atenemos a la distinción que en su momento hizo la Corte sobre el poder de reforma y el poder constituyente, pues evidentemente el poder de reforma no envuelve el cambio de constitución, mientras que el poder constituyente es soberano y por lo tanto puede darse la organización que quiera, vemos cómo el Art. 374 de la carta del 91, establece, que "La constitución política podrá ser reformada por el Congreso, por una asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo".

Así que estamos hablando de una simple reforma de la constitución.

Pero qué ocurre con ese poder de reforma, ¿en manos de quién queda?

El Art. 375 nos señala los requisitos que se exigen para producir un acto legislativo, que deberá hacerse en dos periodos ordinarios y consecutivos.

También señala quiénes tienen iniciativa para presentar proyectos como lo son el gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales y diputados y los ciudadanos en un número equivalente al cinco por ciento del censo electoral.

Sin embargo, quien decide su tramitación, su discusión y su texto final es el Congreso.

El pueblo puede llegar a presentar un proyecto de acto legislativo pero es el Congreso quien decide sobre su suerte, si es aprobado o no y en qué forma.

Ahora, si pasamos a otro de los mecanismos establecidos para hacer una reforma constitucional, como la Asamblea Constituyente, nos encontramos con el Art. 376 que dice: "Mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el periodo y la composición que la misma ley determine".

¿Qué encontramos aquí?

Pues que evidentemente el pueblo es el que decide sobre si se convoca o no la Asamblea Constituyente, pero esa Asamblea no es soberana y no es constituyente, pues la competencia, es decir, las materias que se van a plantear en la reforma, van a ser dadas por el Congreso, mediante la ley que se expida.

Luego no es el pueblo el que le va a dar la competencia, sino el Congreso.

Y no solamente la competencia, sino también el periodo durante el cual va a sesionar y sobre la forma como debe estar compuesta esa Asamblea Constituyente.

Así que el Congreso vuelve a ser el sujeto del poder de reforma de la constitución, dentro de esta modalidad de la convocatoria de Asamblea Constituyente y el papel del pueblo se reduce exclusivamente a darle legitimidad a dicha asamblea, pero no más.

Y queda el mecanismo del referendo, que según el Art. 374 está reservado al pueblo.

Y es el Art. 378 el que nos da la pauta para convocar al referendo, cuando dice: "Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del Art. 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los

miembros de ambas cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley".

Así que si el pueblo quiere convocar a un referendo, debe hacerlo mediante la presentación de su iniciativa ante el Congreso, para que éste lo convierta en ley y en esa forma pueda ser aprobado por el pueblo con el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes y que el número de estos exceda la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

Pero si el Congreso no respeta el texto inicial, sino que lo adiciona, o lo enmienda, ¿qué sucede?

En qué quedaría convertida la voluntad del pueblo que ha querido auspiciar una reforma constitucional, con aportes dados por el mismo pueblo?

Así que el Congreso vuelve a ser el sujeto del proceso constituyente y no el pueblo, que solamente interviene para darle legitimidad.

De lo analizado hasta el momento podemos concluir, que quien tiene en realidad de verdad el poder de reforma de la constitución es el Congreso, pues es él quien define y dice la última palabra, bien sea mediante acto legislativo, o mediante Asamblea Constituyente o mediante referendo sobre la suerte de los diferentes proyectos.

Resulta mucho más importante el papel que debe desempeñar el Congreso, que es constituyente derivado, que el papel que pueda cumplir el pueblo quien es el titular del poder constituyente y constituyente primario.

Porqué no debemos olvidar que el pueblo, de acuerdo con nuestra constitución es el titular de la soberanía y no hay más soberanos dentro de una organización democrática.

Y el poder constituyente está en cabeza del pueblo.

Porqué entonces la capacidad de reforma, o el poder de reforma no está en manos del pueblo, sino del Congreso?

Y resulta paradójico que mientras el Congreso ha venido perdiendo prerrogativas y privilegios, pues hubo épocas en que se radicó la soberanía en el Congreso y aquí en Colombia ha sucedido lo propio, en cuanto a la pérdida de la inmunidad, para citar un solo ejemplo, se deja en manos del Congreso el definir lo que tiene que ver

con la reforma de la constitución, invirtiendo los términos de referencia en una democracia, en un régimen democrático.

3. La Responsabilidad Presidencial

Una de las características de un estado de derecho, es la responsabilidad que asumen los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, con lo cual se le coloca una barrera al despotismo y a la liviandad en el manejo del poder.

Pero no solamente responden los funcionarios públicos, sino el mismo Estado, que está precisamente para garantizar los derechos de los asociados y cuando aquellos producen daños, el estado asume el resarcimiento de los mismos, aunque puede a su vez, hacerse pagar lo que ha indemnizado.

Los funcionarios públicos, que en nuestra constitución son llamados servidores públicos, responden no solamente por la acción, por lo que realizan, sino también por la omisión, por lo que dejan de hacer en dirección al daño.

Los particulares en cambio sólo responden por la acción, por lo que realizan y produce un daño.

Y el Presidente es el primer servidor público, sujeto de responsabilidad, tanto por la acción como por la omisión.

El Art. 188 de la Constitución señala: "El Presidente de la República simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos".

Debe por una parte cumplir la Constitución y las leyes, siendo responsable cuando deje de hacerlo y, por otra, está obligado a garantizar los derechos y libertades de los colombianos, asumiendo igual responsabilidad en que caso de que no garantice esos derechos y esas libertades.

De aquí se desprende una responsabilidad de naturaleza política, pero también penal, pues dentro del campo de las leyes está el estatuto que rige las relaciones entre los asociados.

Pero es todavía mas explícito el Art. 199 que dice: "El Presidente de la República, o quien haga sus veces, será responsable de sus actos y omisiones que violen la Constitución o las leyes".

Y luego entra la Constitución también a precisar cómo puede ser juzgado en caso de infracción a la Constitución y a las leyes.

Lo que vamos a empezar a analizar, es la pauta que se debe seguir para juzgar al Presidente, que se constituye en un fuero especial, propio del sistema presidencial, pues en el parlamentario es de la esencia del mismo la destitución del primer ministro, así como éste a su vez puede disolver las cámaras y convocar para nuevas elecciones.



Tomado de Revista Semana N° 1072 de 2002

El proceso contra el Presidente debe comenzar en la Fiscalía General de la Nación, que se encarga de recibir las quejas o demandas junto con sus correspondiente pruebas, para iniciar la investigación, de acuerdo con el Art. 251 que dice: "Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación: 1) Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la constitución".

El Fiscal tendrá oportunidad de recibir la denuncia o denuncias, apreciará las pruebas y a partir de ahí decide si el caso amerita abrir la investigación, o por el contrario, precluirla, al no haber la suficiente seriedad en los cargos planteados.

Pero si encuentra mérito envía la actuación a la Cámara de Representantes, la cual tiene dentro de sus comisiones, la de acusaciones, y será allí donde continúen las diligencias para perfeccionar la investigación, ordenando la práctica de pruebas: llamar testigos, confrontar documentos, etc, enderezado todo a investigar la posible responsabilidad que pueda tener el Presidente.

La Comisión de Acusaciones rendirá su informe para que la Cámara tome una decisión en torno a si debe continuarse la investigación y, por lo tanto, enviarla al Senado, o por el contrario no encuentre mérito y proceda a archivarla.

Esto tiene su respaldo en el Art. 199 que dice: "El Presidente de la República, durante el periodo para el que sea elegido, o quien se halle encargado de la Presidencia, no podrá ser perseguido, ni juzgado por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa"

Una vez llegue el sumario al Senado, allí se debe analizar nuevamente si el caso amerita continuarlo o desecharlo y, también, si se trata de delitos cometidos en el ejercicio de su cargo, o de delitos comunes.

Si se trata de delitos cometidos en el ejercicio de su cargo, el juzgamiento se enderezará por los lados del Senado, el cual se convierte en juez del Presidente y quien deberá pronunciar la correspondiente sentencia, bien sea favorable o desfavorable.

En esas condiciones, el Congreso debe reunirse en pleno y la Cámara se convertirá en el ente acusador, nombrando para tal efecto a uno de sus miembros como acusador y el Senado asume el papel ya indicado de juez.

Por eso el Art. 175 entra a señalar las pautas a seguir cuando las diligencias llegan al Senado: "En los juicios que se sigan ante el Senado, se observan estas reglas: 1) El acusado queda de hecho suspenso de su empleo, siempre que una acusación sea públicamente admitida. 2) Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de derechos políticos; pero al reo se le seguirá causa criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena. 3) Si la acusación se refiere a delitos comunes, el senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en el caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema. 4) El Senado podrá cometer la instrucción de los procesos a una diputación de su seno, reservándose el juicio y la sentencia definitiva, que será pronunciada en sesión pública, por los dos tercios, al menos, de los votos de los senadores presentes".

Y este artículo entra a armonizar con el 235, cuando se señala como una de las atribuciones de la Corte Suprema, la de juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces.

Esto es lo que la carta constitucional expresa cuando haya necesidad de procesar al Presidente bien sea por el Senado o bien sea por la Corte Suprema de Justicia, cuando los cargos son lo suficientemente sólidos y claros.

¿Pero qué ocurre en la realidad?

Aquí vamos a tomar el caso del expresidente Ernesto Samper, quien fue acusado de haber recibido dineros del narcotráfico, cuando se encontraba en la segunda vuelta de su campaña presidencial.

Como la Constitución del 91 estableció la institución de las dos vueltas para la elección presidencial, y ya se había surtido la primera y el expresidente había sido uno de los dos candidatos más votados y le correspondía por lo tanto ir a la segunda vuelta para disputar entre ellos la presidencia.

La campaña presidencial del expresidente había consumido la totalidad de sus fondos en la primera vuelta y no había dinero para enfrentar la segunda.

Es fama que el expresidente le dijo a los suyos que obtuvieran el dinero que se necesitara para financiar la segunda vuelta, así se hiciera a sus espaldas.

Esta situación fue conocida por los narcotraficantes, quienes ni cortos ni perezosos, ofrecieron y aportaron a la campaña de Samper una buena suma de dinero con la cual se podía adelantar con éxito el trámite de la segunda vuelta.

Ese dinero fue recibido por los gerentes de su campaña, los señores Fernando Botero y Santiago Medina.

Pero ocurrió que hubo grabación de diversas conversaciones de los protagonistas tanto de la campaña como de los narcotraficantes, que fueron a parar en ese momento a las manos del otro candidato presidencial, Andrés Pastrana, quien los entregó a la Fiscalía.

De ahí arrancó la investigación y los responsables de haber recibido esos dineros, los señores Botero y Medina fueron detenidos y procesados por la Fiscalía, los cuales confesaron que en realidad había entrado dinero de los narcotraficantes a la campaña y que de eso había tenido conocimiento el expresidente Samper.

Se desprendía pues, una investigación de carácter penal, por que se trataba de un delito común y cometido antes de que fuera elegido presidente, lo cual no le permitía alegar fuero presidencial.

El Fiscal entregó las pruebas y el expediente a la Cámara de Representantes, de acuerdo con el procedimiento que hemos analizado, con las citas de los artículos correspondientes.

En la Cámara de Representantes el expresidente Samper tenía una amplia mayoría, lo mismo que en el Senado y de hecho fungía como jefe máximo del partido liberal que estaba en el poder, lo cual suscitaba una adhesión incondicional de la bancada en las dos cámaras con su Presidente.

El negocio fue repartido en principio a la Comisión de Acusaciones presidida por el representante Heine Mogollón, quien continuó los trámites de la investigación, recibió nuevas declaraciones, documentos y demás.

Pero a partir de ese momento, el proceso se "politizó", pues tanto al representante Mogollón, como a los demás miembros de la comisión amigos del presidente, sólo les interesaba proteger a su jefe en dificultades, que envolvía tanto el pres-

tigio del presidente, como del partido mismo, así como la estabilidad de un gobierno que apenas se iniciaba.

Se puso en juego el poder presidencial, con su capacidad de soborno con los parlamentarios a base de auxilios para sus regiones, cuotas burocráticas y toda clase de canonjías que maneja el Presidente.

Además, la disciplina y lealtad de partido también entraba en juego, pues no se podía dejar abandonado precisamente a quien había llevado al partido al poder y quien era su jefe máximo. El espíritu de cuerpo se debía manifestar en una ocasión de éstas.

Igualmente entraba a pesar el mismo sistema presidencial, que dota de toda clase de poderes y de prerrogativas al Presidente, preservándolo además, de la tentativa de la oposición de derribarlo al instituir esta clase de juicios en que prima la condición política antes que la de simple investigación técnica.

Y como estaba previsto y de acuerdo con la lógica política, el 12 de junio de 1996, la Cámara de Representantes produjo un veredicto absoluto-río emitido por 111 votos de los parlamentarios.

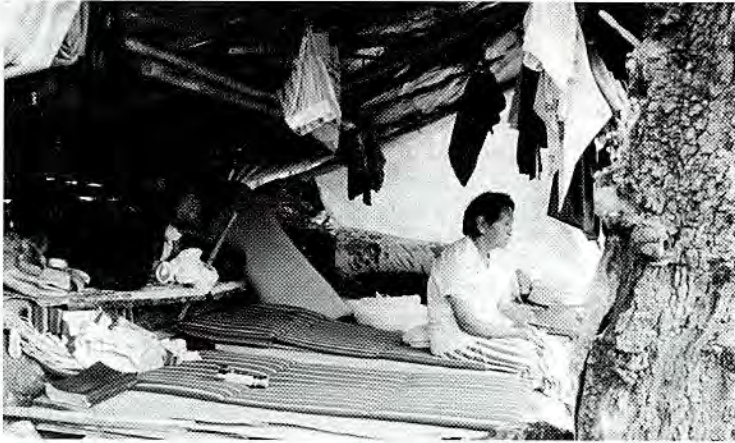
Luego diría el expresidente Samper en su libro "Aquí estoy y aquí me quedo: "Ni puestos, ni dinero, ni apoyos sociales fueron utilizados entonces para conseguir que el Congreso expresara su voluntad mayoritaria a favor de una inocencia que era procesalmente nítida" (Samper Ernesto, 2000, 111).

Pero más adelante se conocería la dimensión de los auxilios que recibieron tanto el presidente de la comisión, Heine Mogollón, como las demás personas involucradas en la comisión de acusaciones de la Cámara. (1).

Todo esto nos indica que dentro del estado actual de cosas, de la forma como está planteado el juzgamiento del presidente, resulta totalmente injuzgable si tiene mayoría parlamentaria, por que ya los parlamentarios no entran a realizar una tarea de jueces, sino de miembros de un partido que a todo trance necesita sacar en limpio el nombre de su jefe y el de su propio partido.

Ya las razones de tipo judicial no pesan, sino que son soslayadas, apreciando los testimonios y las diferentes pruebas en una forma amañada, sin un criterio científico y menos imparcial.

De lo cual se deduce, que para que un Presidente con mayoría parlamentaria sea juzgado conforme a derecho y no a motivaciones de tipo



político, o la Fiscalía envía directamente las pruebas que ha obtenido a la Corte Suprema de Justicia, cuando se vea la materia penal involucrada, o la misma Corte asume de oficio la investigación con el aporte de las primeras pruebas, sin necesidad de que le sean enviadas por el Fiscal.

Pero desde que el trámite se enderece por los predios de las Cámaras, ya las razones de tipo judicial no pesan y entran en juego las consideraciones de tipo puramente político.

En la práctica y no de acuerdo con lo normativamente establecido, el Presidente es irresponsable, a no ser que la oposición tenga mayoría en las cámaras, porque entonces sí será pasto seco para encender su juzgamiento, lo cual también resulta inequitativo e injusto.

Luego los artículos que tuvimos oportunidad de citar sobre la responsabilidad del Presidente y su manera de juzgarlo, es simple letra muerta, de validez normativa, pero no fáctica.

4. La Propiedad solidaria

La constitución del 91 busca democratizar la propiedad, que tanto a nivel rural como urbano los ciudadanos tengan la oportunidad de hacerse a sus vivencias o a sus parcelas, protegiendo al núcleo familiar para que pueda sostenerse y aspirar a vivir en condiciones dignas, de acuerdo con los postulados del estado social de derecho.

Por eso y, luego de un largo camino, se llegó a que la propiedad debía cumplir una función social con el fin de propender al equilibrio social.

Pero al mismo tiempo para poder cumplir mejor la función de democratizar la propiedad y de darle un contenido solidarista, al lado de la propiedad privada y de la pública, instituyó lo que llamó la Constitución, la propiedad solidaria.

Ésta consiste en que no tiene ánimo de lucro y cuyos contenidos asociativos van muy bien con la ideología de la Constitución.

Ya aquí se sale del esquema individualista de la propiedad, para que se desarrolle dentro de grupos.

Ese es el caso de las cooperativas, de los fondos de empleados y de la economía indígena.

Las cooperativas se crean para satisfacer necesidades de quienes las componen, sin que se repartan utilidades entre los socios ni se bus-

que un lucro .

Los dineros que se obtienen en la venta de bienes y de servicios, a precios que no contemplen el lucro, se reinvierten en las mismas cooperativas a efecto de mejorar los servicios.

Esa propiedad solidaria está protegida en la Constitución mediante los artículos, 58, 60 y 333.

El artículo 58 dice lo siguiente: "Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad en ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado promoverá y protegerá las formas asociativas y solidarias de propiedad".

Por este artículo se le da carta de naturaleza a la propiedad solidaria, con un trato preferente al considerar que es obligación del Estado protegerla y promoverla.

En desarrollo de ese artículo viene el 60 que establece lo siguiente: "El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia".

Aquí ya hay un desarrollo concreto y no se lo deja a la ley simplemente, pues establece, que en el caso de privatizar una empresa del Estado, sus

acciones serán ofrecidas en un principio a sus trabajadores, lo mismo que a las empresas solidarias, en condiciones muy favorables para ellos.

Con esa medida se buscaba evitar la monopolización de esas empresas que fueran privatizadas, cayendo en manos de los sectores dominantes en el área y por otra parte, darle contenido real al afianzamiento del sector solidario.

Y el Art. 333 señala: "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo tiene

rio. Empecemos por el primero de ellos que señala: "Contenido del programa. En la propuesta del programa a que se refiere el artículo 304 del presente estatuto, se indicará el precio mínimo de colocación de las acciones, el cual deberá fundarse en un concepto técnico financiero detallado en función de la rentabilidad de la institución, del valor comercial de sus activos pasivos, de los apoyos de la nación, de la entidad descentralizada o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras que se mantengan y de las condiciones del mercado. El precio mínimo de colocación que señale el Consejo de Ministros se divulgará al día siguiente hábil de su fijación. Se reservará además, un mínimo del 15 % de las acciones o bonos obligatoriamente convertibles en



una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial".

De ahí que la Constitución se adelante a darle bases sólidas a la empresa solidaria, porque además de protegerla y de promoverla también entra a fortalecerla.

Pero ahora veamos cuál ha sido la trayectoria de esas normas colocadas en la realidad, para ver si se han cumplido los efectos que con ellas se buscaban.

En primer lugar se dictó el decreto-ley 663 de 1993, cuyos artículos 306 y 311 se referían al tema concreto de la venta de acciones al sector solida-

rias que serán objeto de venta, el cual deberá ofrecerse entre los trabajadores activos y pensionados de la entidad, fondos de empleados, fondos mutuos de inversión de empleados, fondos de cesantías y pensiones, cooperativas y otras garantizaciones solidarias o de trabajadores y dentro de este 15 % podrán fijarse límites máximos de adquisición individual de estas acciones..."

Y el Art. 311 ratificaba el porcentaje del 15 % señalado para entregar u ofertar a los trabajadores y a las empresas solidarias en el momento de la privatización y la consiguiente venta de acciones.

Estos artículos del decreto-ley fueron demandados por el constitucionalista Luis Carlos Sáchica ante la Corte Constitucional, la cual produjo la sentencia numero C-37/94, en donde saca adelante o reconoce el buen criterio del constitucionalista cuando alega que la oferta no debe hacerse por el 15% del valor de las acciones, sino por la totalidad, o sea el 100 % de ellas.

Y hacía las siguientes consideraciones: “La constitución política de 1991, aun cuando garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, Art. 58, amplía significativamente su visión económica de las obligaciones de Estado, hasta el punto de imponerle el deber de proteger y promover las “formas asociativas y solidarias de propiedad”, de crear condiciones favorables para el acceso a los medios de producción de ciertos sectores de la sociedad (Art. 60, inc 1 y 64), lo cual responde al perfil constitucional del país como Estado Social de Derecho, encargado de servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los derechos y facilitar la participación de todos en la vida económica y política de la nación (Art. 1 y 2), sin perjuicio de admitir y proteger la iniciativa privada y la libre competencia económica dentro de los límites del bien común, conforme a la delimitación del alcance de la libertad económica que haga la ley, “cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación “ (Art. 333).

El calificativo de social aplicado al Estado, le señala como línea especial en el ejercicio del poder, el cumplimiento de unas finalidades sociales, que tienen que ver con el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, y de manera particular, con la evolución de necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable, como lo precisa el Art. 366 de la Constitución, o de protección especial a los sectores más débiles de la comunidad, para lo cual la Constitución le otorga al Estado diferentes herramientas que van desde el establecimiento de medidas de excepción como sucede, por ejemplo, con las previstas en el inciso segundo del Art. 60 de la Carta, hasta el apoyo específico con recursos particularmente presupuestados para tal fin, bajo la denominación de “gasto Público social” (Art. 350), y los subsidios para el pago de los servicios públicos domiciliarios (Art. 368), para señalar algunos casos.

Un cometido específico del Estado Social de Derecho, consiste en hacer realidad la función social de la propiedad, con su inherente función

ecológica, y de la empresa, protegiendo, fortaleciendo y promoviendo las formas asociativas y solidarias de propiedad (Art. 58, inc 3 y 333, inc 3 de la C.P) en las cuales, la base de la unión asociativa no la constituyen únicamente los aportes de capital con fines exclusivamente especulativos o de utilidad, sino primordialmente el trabajo personal y el esfuerzo conjunto, todo ello encajinado a lograr unos propósitos de interés común, que se reflejan en la mejora de las condiciones económicas de sus miembros, mediante la distribución equitativa de urgentes y apremiantes necesidades colectivas de los asociados, en lo familiar, social y cultural”.

Y más adelante señalaba: “Lo que esencialmente persigue el inciso segundo del Art. 60 de nuestra carta, es impedir la concentración obligatoria del capital dentro de los medios de producción y del sistema financiero, e igualmente dirigir el proceso de desconcentración accionaria hacia unos beneficiarios particulares que son los propios trabajadores de las empresas y las organizaciones solidarias, con lo cual se avanza en el proceso de redistribución de los ingresos y de la propiedad, que es una meta esencial dentro de un Estado Social de Derecho”.

Y la Corte termina por declarar inconstitucionales los artículos demandados, pues se estaría limitando el derecho que le asiste a los trabajadores y a las empresas solidarias, de ofertar por la totalidad de las acciones.

En esta forma, la Corte le dio la razón al constitucionalista Sáchica y por lo tanto, en el proceso de privatización de las empresas, se debía hacer la oferta por la totalidad de las acciones y no por el 15 %.

Este fallo suscitó reacciones de diversos sectores, que fueron recogidos por “El Tiempo” en su editorial del 22 de marzo de 1994, el cual lo calificó de “populista” y la revista “Semana” en su edición de Febrero 11 de 1994, Págs. 49 y 50, en donde se señaló que “En la medida en que el con-



cepto de organizaciones solidarias incluyen a los fondos de Cesantías y Pensiones que están administrados por los principales y más poderosos grupos del país...Y se estaría dejando por fuera del acceso a esa propiedad al grueso de la población colombiana”.

Luego de este fallo, se presentaron casos como el de la privatización de Corpavi, en donde el sector solidario adquirió el 48 % de las acciones, pero el grupo Colpatria adquirió el 51%, quedándose éste con la capacidad de decisión.

En la privatización del banco Popular, no fue aceptada la propuesta de Uconal al considerarse que no estaba en capacidad económica para adquirir la totalidad de las acciones y basándose en un concepto de la Superintendencia Bancaria.

Uconal interpuso la acción de tutela contra la correspondiente disposición y el juez penal del Circuito, José Fernando Salgado, la rechazó por considerar que la tutela no era el recurso adecuado ya que existían otras acciones legales más adecuadas (“El Tiempo” 21 de junio de 199, Pág. 8 B).

Y el grupo de Luis Carlos Sarmiento Angulo, el dueño del mayor número de bancos del país, estaba haciendo una oferta por el 51 % de las acciones.

El proceso continuó con la venta de otros bancos del Estado, los cuales fueron adquiridos tanto por el grupo nacional de Luis Carlos Sarmiento Angulo, como por la banca extranjera, especialmente la española, por intermedio de los bancos Santander y Bilbao Vizcaya.

El sector solidario en consecuencia, no tuvo los medios suficientes para poder hacerse a la propiedad de las acciones de los bancos que se privatizaban y, por lo tanto, sólo aquellos grupos con la capacidad económica suficiente como los nombrados, terminaron por hacerse a la propiedad de dichas acciones.

Así que el deseo de los constituyentes de darle esta herramienta legal al sector solidario para que se fortaleciera, tal como dice la Constitución, no se cumplió y lo único que ha venido logrando, es precisamente lo que temía la Corte Constitucional en su sentencia C-37/94, la concentración en manos de los grupos más poderosos del país, de la propiedad del sector bancario, llegándose casi al monopolio que ejerce el grupo Luis Carlos Sarmiento Angulo.

Visto todo lo anterior, podemos concluir también, en que estas disposiciones que tienen vigencia normativa, no han podido arraigar en la práctica y antes por el contrario se han desviado sus objetivos afianzando los problemas que quería evitar.

Aquí vale la pena intentar una reforma de esos artículos, para que el sector solidario efectivamente reciba la protección, la promoción y el fortalecimiento que ordena la constitución del 91.

BIBLIOGRAFÍA

- CEPEDA MANUEL JOSÉ, Presidencia de la República, Introducción a la Constitución de 1991, 1993.
- CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991, Leyer 2001.
- MORELLI SANDRA, Memorias Congreso Internacional de Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- PACHECO RAÚL, La Constitución de 1991, Universidad Santo Tomás, 2001.
- SAMPER ERNESTO, Aquí Estoy y Aquí me Quedo, El Ancora editores, 2000.

Periódicos y Revistas

- “El Tiempo” 21 junio 1994
- “Semana”, 11 Febrero 1994

QUIMERA CONSTITUCIONAL

Por: Jorge Humberto Mantilla

Abogado - Catedrático

Los colombianos somos dados a culpar a los demás para evadir compromisos individuales y colectivos, máxime cuando estas responsabilidades recaen sobre algo tan importante como es la construcción del ideal de un Estado Nación.

Y el aspecto constitucional no ha sido ajeno a ello; nos inventamos en 1991, que gran parte de nuestras desgracias se debían a la Constitución de 1886 y decidimos cambiarla incluyéndole ciertas características a la nueva, que se vieron reflejadas en su ampliación de la participación democrática, el fortalecimiento de los derechos, las garantías sociales y la equidad en la formulación del desarrollo social.

Así mismo, creímos que por involucrar a todos los matices tanto sociales como políticos en la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente, su producto que es la nueva Constitución, contendría los elementos suficientes para contribuir eficazmente a la obtención de la paz. Sin embargo, doce años después le hemos hecho diez reformas y van en camino muchas otras, sin que la paz y el Estado social de derecho se hayan concretado. Igualmente, no se planificó el sostenimiento de instituciones nuevas como la Corte Constitucional, la Defensoría del Pueblo, el Consejo Superior de la Judicatura, el Consejo Nacional Electoral y la Fiscalía General de la Nación (esta última consume diariamente dos mil seiscientos millones de pesos del presupuesto nacional), sin contar otros nuevos gastos como la financiación de las campañas políticas y la creación de entidades como Cormagdalena etc. Todas ellas a cargo de las mismas fuentes de financiación, lo cual ha originado como consecuencia el agravamiento del déficit fiscal del país.



Siguiendo con estos cambios sin itinerario, hoy tenemos dos nuevas reformas, una por Referendo y otra por un acto legislativo; ambas en búsqueda aparentemente de los mismos ideales. La primera inicialmente se promocionó, como la oportunidad para modificar las costumbres políticas. Hoy que el país la ha analizado más y que el Congreso la ha transformado, se considera que a pesar de tratar varios temas que van desde lo político, pasando por el gasto público, la reforma pensional, el uso de sustancias alucinógenas, hasta el alargue de períodos, se concluye que tiene un carácter predominantemente fiscalista. Por todo lo anterior, se hace necesario hacer un análisis sobre ciertas dudas e interrogantes que deja este Referendo.

1. LO POLÍTICO

1.1. En primer lugar, el castigo que se les da a los que hayan cometido delitos contra las finanzas de la Nación y que consiste en no poder ejercer cargos públicos ni contratar con el Estado, deja la duda si deba ser materia de una reforma constitucional, o si se le debería dejar para que este tema sea tratado en una Ley. Lo mismo su-

cede con la prohibición que se plantea para que los congresistas no se inmiscuyan en los temas administrativos del legislativo (reforma a la ley 5 del 92). Claro está que nuestra casuística Constitución del 91 no ha dado ejemplo de ello (todavía nadie se explica qué hace el parágrafo del artículo 77 garantizando la estabilidad y los derechos de los trabajadores de Inravisión en la Carta Magna, donde deberían estar sólo los aspectos esenciales del Estado).

1.2 En segundo lugar, en la pregunta 11 del Referendo, se prohíbe cualquier forma de concesión de auxilios, sin embargo, en la pregunta 4 al darse participación a la comunidad, al Congreso, a las Asambleas y a los Concejos en la formulación y control de los presupuestos, se están reviviendo los mismos.

Aquí la discusión sería si con una simple decisión política se podrían eliminar o no los auxilios, la respuesta es que sí. Pastrana Arango lo hizo en sus tres primeros años, aunque en el cuarto abrió desmedidamente las compuertas, lo que trajo como consecuencia una avalancha de recursos para distintos proyectos donde no se cumplieron con todos los requisitos, lo que terminó en que hoy están siendo investigados el DRI (Fondo de Desarrollo Rural Integrado), Caminos Vecinales, Findeter (Financiera de Desarrollo Territorial) y el Fondo Nacional de Regalías.

Por otro lado, independientemente de que no se necesite Referendo para suprimir estos auxilios, tarde o temprano el país entenderá que este tipo de partidas son indispensables para los municipios, especialmente para los de tercera, cuarta, quinta y sexta categoría, que con solo recursos propios y con transferencias, no han podido ejecutar las labores de infraestructura y de equipamiento que requieren sus comunidades, lo cual hace que Colombia todavía esté en obra negra.

De otra parte, es importante tener en cuenta un fenómeno: independientemente de que haya o no auxilios, la corrupción sigue afectando las finanzas públicas y continúa siendo auspiciada por la impunidad. Esto impide que las políticas de recorte y ajuste cumplan con sus objetivos.

1.3 En tercera instancia, sobre la disminución del número de congresistas hay varios aspectos que analizar. No se puede dudar que un congresista le vale treinta y dos millones de pesos mensuales al erario público (13 millones de sueldo, 16 millones de los asesores y asistentes de las unidades legislativas, 1 millón en pasajes aéreos, 2 millones setecientos mil pesos en primas y ce-

santías); esto multiplicado por 65 curules da la suma de 2 mil 125 mil 500 millones de pesos mensuales, que al ser suprimidos serían un gran ahorro para el Estado, el cual bien podría utilizarlos para inversión pública. Pero si analizamos el espíritu de la democracia participativa de la Constitución actual, el mayor número de curules se traduce en mayor representación de las regiones y de la sociedad en los cuerpos colegiados. Esto significa que existe entonces un fundamento de orden político para mantenerlas.

De otro lado, es indudable que entre más pequeño sea un Congreso más se facilita el manejo que el ejecutivo le pueda dar al legislativo, como sucede en los países donde el Congreso es muy reducido y esto hace que necesariamente se vaya en contra de la independencia de los poderes públicos. No sería entonces del todo conveniente la eliminación de esta representación.

1.4 La propuesta del Referendo en lo atinente a la utilización del sistema del umbral y la cifra repartidora para otorgar las curules (actualmente es solo el cociente electoral Art. 263 C. N) se justificaría si se mira desde el punto de vista de evitar la proliferación de partidos y movimientos (hay 76 inscritos con personería jurídica que avalaron 321 listas al Senado en las pasadas elecciones de Congreso). No obstante también aquí, se aplica el argumento anterior y por tanto quedó la duda si se reduce la participación democrática quedando solo unos tres o cuatro partidos.

1.5 En cuanto a la supresión de los suplentes, éste es un tema que hay que aplaudir. No hay argumentos válidos para seguir con este sistema que además de generar el "carrusel" de jubilaciones, propicia roces entre los congresistas principales y suplentes, lo cual ha generado toda clase de demandas y ha incitado a la comisión de delitos.

2. SUPRESIÓN DE PERSONERÍAS Y CONTRALORÍAS

En lo referente a la supresión de las Personerías y Contralorías municipales y departamentales, la única preocupación que surge es que se empieza a constituir un quinto poder en el país que es el de una súper-Contraloría General de la Nación, con un latente gran poder político que podría incidir en las decisiones no sólo nacionales sino regionales y esto nada bueno traería a la democracia participativa.

Lo atractivo del tema es que, se destine durante diez años el ahorro producido por la eliminación de estas entidades a la ampliación de la cobertura y la calidad de la educación, que es donde el país tiene que mirar si quiere que haya viabilidad para su existencia en este siglo. Sin embargo, se corre el riesgo de que la Contraloría empiece a pedir con reformas la cuota presupuestal de auditaje fiscal y el ahorro se desvanezca como bruma en el aire.

3. REFORMA AL SISTEMA DE REGALÍAS

En lo atinente a la reforma en la distribución de los recursos de regalías el Referendo propone:

“Los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos, municipios y distritos productores y portuarios y a Cormagdalena se destinarán a las entidades territoriales, en los términos que señale la ley” y agrega: “Estos fondos se aplicarán así: el 56% a la ampliación de la cobertura con calidad para la educación preescolar, básica y media. El 36% para agua potable y saneamiento básico, el 7% para el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, y el 1% para inversión en la recuperación del río Cauca”.

La primera lectura que hay que hacer es que el Fondo Nacional de Regalías, que tantas críticas ha tenido por ser manejado arbitrariamente por el Ministerio de Hacienda y Planeación Nacional, continuará. Pero lo realmente positivo es que obliga a atender en gran porcentaje los proyectos que presenten las gobernaciones y alcaldías sobre cobertura en educación, en agua potable y saneamiento básico, estos dos últimos aspectos donde el país más debiera destinar recursos.

Igualmente, se está determinando el 7 por ciento para el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales, lo que es gratificante, ya que la mayoría de los entes territoriales no han constituido dichos fondos para sufragar los costos de los pasivos pensionales. Esta situación se ve agravada al unirse con los problemas del déficit fiscal y conllevaría una de las peores crisis financieras en la próxima década.

4. CONGELACIÓN DE SUELDOS Y PENSIONES



En lo que concierne a la congelación de sueldos del sector público por dos años para quienes ganen más de dos salarios mínimos legales y en lo que respecta a la constitución de un techo hasta de 25 salarios mínimos para los que se jubilen, se debe analizar el siguiente:

- En el primer tema, se debió proponer el congelamiento de los salarios a los que ganen más de cinco y no a los que devenguen más de dos. Las repercusiones del congelamiento son más significativas y lesionan más a los que ganan dos salarios, pues necesitan que su sueldo no pierda valor adquisitivo. Lo positivo, es que el ahorro que produzca este artículo va para el Fondo de Pensiones de los entes territoriales.

- En lo que toca a la jubilación, lo único que no proyectó buena imagen fue la transacción del gobierno con los congresistas respecto a los regímenes pensionales exceptuados o especiales, que son a los que pertenecen ellos, puesto que este tope de jubilación sólo entraría en vigencia después del 31 de diciembre del 2007 para esta clase de servidores, permitiendo así que se jubilen sin ningún límite hasta esa fecha.

5. CONTRA EL NARCOTRÁFICO Y LA DROGADICCIÓN

Aquí no sólo se propone castigar severamente la siembra, distribución y la venta de sustancias alucinógenas o adictivas, sino también su porte y consumo. En esta propuesta surge otra vez la duda, si esta materia debería ser tema de una ley como la penal y no de una reforma constitucional.

6. ALARGUE DE PERIODOS PARA AUTORIDADES TERRITORIALES

Ésta es una propuesta que, aunque el gobierno lo niegue, busca ante todo vincular a los gobernadores y alcaldes, diputados y concejales en la campaña en pro del referendo, al ampliarles el período por un año.

Aquí hay varias consideraciones de conveniencia y otra constitucional. Dentro de las primeras están:

6.1. Existe el acto legislativo 01 del 2002, ya aprobado, que unifica los períodos de estos servidores públicos a partir del 2008.

6.2. Ya el constituyente primario se pronunció al elegirlos por un período de tres años.

6.3 El juego del calendario electoral ya empezó a sortearse puesto que varios servidores públicos han renunciado para no inhabilitarse para las próximas elecciones del mes de octubre de 2003.

La razón constitucional tiene que ver con el sentido de que esta propuesta no fue estudiada en la Comisión Primera de la Cámara, presentándose un vicio de forma que la haría inconstitucional y que no se subsanó, pese a que se concilió el tema en las dos Cámaras.

Por todo lo anterior, sigue siendo válido el argumento de que la verdadera reforma debiera ser el cambio de actitud de los colombianos, dejar el egoísmo en pro de una conciencia social más sólida, pues de nada sirven las reformas si no van acompañadas de un cambio cultural en pro de la tolerancia y el respeto por los demás. De nada sirve el derecho positivo si no se cumple; por eso dentro de las características más importantes de ese referendo está el querer darle un apoyo económico a la ampliación de la calidad de las educaciones básica y media, porque en este campo es donde el Estado debe invertir más como meta de desarrollo para que nuestro país continúe siendo posible.

Para concluir nos podemos dar cuenta de que el Referendo no es la maravilla que nos han tratado de vender, sin embargo existen puntos importantes que merecen ser estudiados y acogidos si así lo deciden los electores. Siempre se debe tener en cuenta que el espíritu de las normas sólo se concreta en la medida en que el ser humano al cual van dirigidas se sintonice y se comprometa con ellas. Por esto es que desde el principio de este escrito se ha aplaudido el apoyo a la educación, que es la parte fundamental en la formación del hombre que debe luchar en la real conformación del Estado ideal, que se representa en una Nación con conciencia social.

BIBLIOGRAFÍA

- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Constitución Política de Colombia. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 1998.
- YOUNES MORENO, Diego. Derecho Constitucional Colombiano. Legis. Bogotá, 2001.
- Presupuesto Nacional de Colombia 2003.
- www.secretariadosenado.gov.co/proyectos_actos_leg/G34400235.HTM

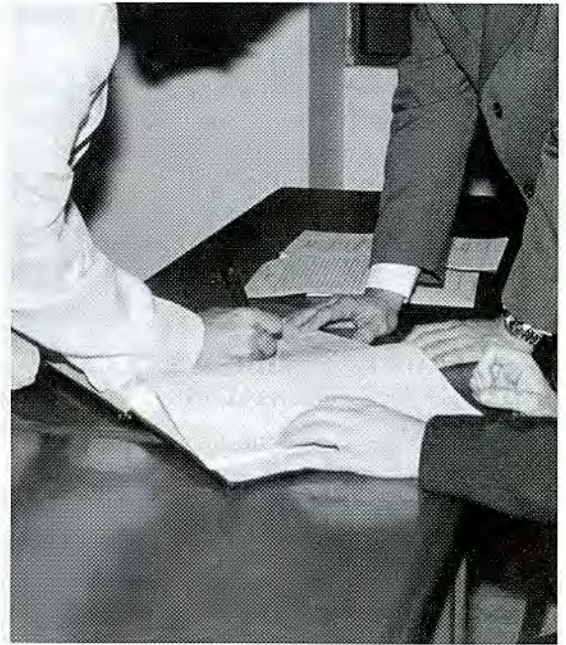
DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OBLIGACIONES QUE TIENEN POR FUENTE AL CONTRATO ADMINISTRATIVO¹

Por: Jaime Enrique Rodríguez Navas
Abogado - Catedrático

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de la teoría General del contrato y de la teoría del negocio jurídico deja a quienes se aproximan a la temática contractual ante la disyuntiva de entender el contrato, bien como una categoría jurídica autónoma que obra como fuente de obligaciones en cuanto constituye una expresión bilateral convergente de voluntades capaces de crear una ley que ha de gobernar la relación así trabada entre ellas, como lo hizo la doctrina francesa clásica; o bien como hecho jurídico materializado en comportamientos humanos impulsados por el ejercicio de autonomía privada convergentemente dirigidos a la disposición de intereses patrimoniales particulares y concretos.

Sea cual sea la postura que se asuma sobre el particular, la consecuencia es idéntica: El efecto querido del contrato es la obligación, independientemente que ésta se entienda como resultado de la manifestación de la voluntad legisladora de las partes, o como expresión de autonomía para la disposición de intereses patrimoniales concretos por los contratantes. Lo cierto es que, la consideración de las obligaciones como el efecto propio de los contratos, hace impensable el dominio de la temática contractual sin el correlati-



vo señorío, tanto sobre la teoría, como sobre las normas de derecho positivo que tienen por objeto a la obligación.

Como teoría general, su cultivo ha venido paralelo a la historia de la cultura occidental, a lo menos a partir de la antigüedad romana, merced a los estudiosos de las relaciones jurídicas de derecho privado y, en particular, del derecho civil. Su contenido se encuentra referido, cuando menos, a los siguientes tópicos: Concepto de obligación, sus elementos, fuentes, clasificaciones y efectos, y por último, transformación, transmisión, traslación o sucesión y formas de extinción de las obligaciones.

En cuanto normatividad positiva, el derecho vernáculo da cuenta de un único esfuerzo de sistematización legislativa de las obligaciones, que se encuentra en la más que centenaria obra de Don Andrés Bello, bajo el libro cuarto del Código Civil. Por tal razón el *código* contiene la normatividad a la que forzosamente se han remitido las demás codificaciones en la materia.

Bastan dos ejemplos sobre el particular: El código de comercio en su artículo 822 dispone que "**Los principios** que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplica-

¹ Extracto de las memorias del seminario "Teoría General de las Obligaciones", a cargo del autor dentro del programa de especialización en Contratación Estatal en la Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga.

bles a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa"; y la ley 80 de 1993, en cuanto dispone en sus artículos 23, 28 y 40, que en las actuaciones contractuales administrativas, en la interpretación de las reglas contractuales administrativas, y en la redacción de los contratos administrativos, han de aplicarse las reglas generales de interpretación, **los principios generales** de actuación y las estipulaciones específicas previstas, unas y otras, por las normas civiles y comerciales, aunque obvia y debidamente adecuadas y atemperadas por la fuerza de los fines y de los principios específicos de la contratación estatal.

Nótese que en la trascripción de las citas normativas se ha destacado por fuera del texto la expresión "principios", actitud ésta que pretende poner en evidencia que si bien existen principios de justicia y equidad que dominan todos los contratos, por manera que se aplican también a los contratos administrativos, "...las fórmulas, mediante las cuales los códigos de derecho privado han traducido más o menos felizmente estos principios, no se aplican a los contratos administrativos", contratos a los que se les aplican las ideas que expresan dichas fórmulas normativas, pero no su texto.²

Por manera que resulta imperativo reconocer la existencia de una "teoría general" de las obligaciones, y de una especie de "derecho común" de las obligaciones. Matizando una observación de la doctrina, en el sentido que, más que de reglas se debe hablar de principios, podría decirse que "donde quiera que haya obligaciones (...), allí rigen siempre unas mismas reglas generales: las del derecho civil. Excepciones que en determinadas materias se establezcan, confirman tales reglas y exigen su previo conocimiento"³.

Deviene, entonces, vana toda pretensión de conocimiento de los **efectos** del contrato, cualquiera sea la naturaleza que éste tenga, privado (civil o comercial) o público (administrativo), cuando se desconoce la teoría general de las obligaciones y la principalística que desarrolla la normatividad propia del derecho común sobre la materia.

No se quiere decir con ello, que la extrapolación de la teoría de las obligaciones y de la normatividad fundamental del derecho civil sobre el particular, al campo de las relaciones con-

traídas por el Estado Administrador en virtud del contrato, pueda darse en forma rectilínea, puesto que no puede pasarse por alto que el estudio del contrato administrativo es un capítulo del derecho administrativo, disciplina que a pesar de su relativa juventud (como que data del siglo XIX), ha venido ganando autonomía en forma tal que no resulta posible, al menos no siempre, la aplicación directa e invariada de las normas civiles y comerciales a los contratos administrativos.

En los *contratos administrativos* cobra especial relieve el hecho de que la administración pretenda garantizar el funcionamiento de un servicio público a su cargo mediante la celebración del contrato con quien de manera voluntaria y mediante un acto dispositivo de intereses patrimoniales ha aceptado obrar como un colaborador en dicho propósito. Es esa la razón por la que el contratista "debe cumplir sus obligaciones siguiendo ciertas reglas *más estrictas* que las que se aplicarían si sólo estuviese obligado por un contrato de derecho privado"⁴

En síntesis, quien pretenda abordar, sea sistémica o puntualmente, el estudio de las obligaciones derivadas del contrato administrativo, debe apoyarse en la teoría general de las obligaciones, pero debe hacerlo, en el entendido de que los fines de la contratación administrativa prevalecen frente al interés particular del colaborador de la administración, que como tal oficia el particular contratista; y que los principios de la función administrativa, entre los que descuella el principio de legalidad, así como los específicos de la contratación administrativa, pueden hacer más rigurosa la aplicación de algunos principios originarios del derecho privado.

Con fuerza meramente hipotética, puede aventurarse la siguiente proposición: La parte estática de la teoría de las obligaciones, esto es, la doctrina construida para precisar el concepto, los elementos, y las posibles clasificaciones de las obligaciones, constituye su parte más general y directamente extrapolable al derecho administrativo contractual, sin perjuicio de la necesidad de hacer advertencia sobre algunas particularidades propias de la relación administrativa. Otro, en cambio, muy diferente, será el panorama en cuanto atañe a los efectos y a las llamadas por la doctrina⁵, vicisitudes de las obligaciones admi-

² JEZE, Gastón, T. IV, P. 196.

³ URIBE HOLGUIN, Ricardo, Ediciones Rosaristas, 1980 p. 2.

⁴ JEZE, Gastón, T. IV pg. 193.

⁵ HINESTROSA, Fernando, "Obligaciones". U. Externado de Colombia. 1977.

nistrativas, y por lo que a nuestro estudio atañen de las obligaciones que tienen por causa al contrato administrativo, hoy llamado por la ley vernácula, contrato estatal, en cuanto ejerce sobre estos tópicos una especial fuerza gravitacional la *principlalística* administrativa.

Este trabajo se propone mostrar algunas de las particularidades que impone considerar el estudio de la relación obligatoria administrativa con fuente en el contrato estatal, a manera de justificación del tratamiento específico de estas relaciones con referencia al derecho público contractual, e incluso, de todo el derecho público.

El tema, ciertamente, ha sido objeto de estudio, de ordinario en desarrollo de la teoría del contrato, y en capítulo específicamente dedicado al análisis de su ejecución. Empero, no es común que se aborde el estudio sistemático de las obligaciones administrativas como preámbulo del tratamiento particular de la obligación que tiene por causa eficiente al contrato.

II. ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL

Entendida la obligación como aquella relación que se traba entre dos sujetos con fuerza suficiente para constreñir a uno de ellos, que funge como deudor, a dar, hacer o no hacer una cosa en beneficio de otro que funge como acreedor, en elemental ejercicio de taxonomía permite distinguir tres elementos en la obligación: Uno subjetivo, constituido por los dos extremos de la relación; uno objetivo, materializado en la prestación; y otro relacional, referido al vínculo existente entre los sujetos.

A. Elemento Relacional

El elemento relacional, en la teoría general de las obligaciones, es concebido en forma compuesta: A la manera de un nexo, vínculo o ligamen existente entre dos sujetos, en cuya virtud, uno de ellos se coloca en posición de *deber*, y otro en posición de *exigir* una determinada prestación; y simultáneamente, a la manera de vínculo o nexo entre un sujeto acreedor, y el patrimonio del *deudor*⁶. Y es jurídico dicho nexo, habida cuenta que en caso de infracción, el acreedor tiene la facultad de constreñir al deudor a su cumplimiento forzado



(consecuencia de la primera modalidad del vínculo), con exigencia de la garantía general sobre su patrimonio (consecuencia de la segunda modalidad del vínculo), por intermedio de la justicia (Sentido formal y material del término).

En tratándose de obligaciones administrativas con fuente en el contrato estatal, la relación emergente entre entidad estatal acreedora y contratista deudor tiene como particularidad característica, su estrecha relación con los fines de servicio público a cargo de la entidad estatal contratante, por gracia de la cual, el contratista no se halla, respecto de ella y en sentido estricto, en una relación de coordinación, sino en una relación de subordinación que deviene de su condición de colaborador del servicio (artículo 3º de

⁶ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil Tomo III. Pg. 41.

la ley 80 de 1993), y que se manifiesta, entre otras formas, por la atribución a la misma administración contratante del papel de juez inmediato del cumplimiento de la obligación, a través de la adopción de la llamada "decisión ejecutoria."⁷

Por otra parte, es preciso connotar que cuando se pretende analizar la relación contractual **administrativa**, se encuentra el estudioso con una situación especial: Si bien la relación tiene por fuente (como causa eficiente) al contrato estatal, entendido como ley que se han dado las partes, a la manera que lo entiende el artículo 1602 C.C., no todas las obligaciones nacidas con ocasión del contrato administrativo tienen por fuente a la voluntad convergente de las partes que lo celebran. Allí deben distinguirse unas obligaciones que nacen de la convención (ley que se han dado las partes vinculadas por el contrato), y las que surgen por voluntad del legislador general, quien como una manifestación de poder público, puede prever una consecuencia para los supuestos de hecho incluidos en las normas que expide (bajo la forma *dado a entonces b*). Tales obligaciones sólo nacen para las partes una vez trabada la relación contractual y con ocasión de ella, pero no por voluntad de los contratantes sino de la ley.

Parece, entonces, más afortunada la labor de análisis de la relación administrativo contractual si se adelanta desde la óptica de la teoría italiana, pues en tal caso las obligaciones contraídas por las partes no se entienden un producto de su voluntad legisladora, sino un efecto consentido por ellas, con independencia de la intervención del legislador en su origen. Las partes, al momento de la suscripción del contrato, hacen uso de su autonomía (privada en el caso del contratista y administrativa en el caso de la entidad contratante) para disponer de sus intereses patrimoniales abrazando efectos que surgen de esa relación a sabiendas que algunos de ellos son producto de la actividad legislativa del Estado, tal y como se puede inferir de la lectura de los artículos 4 y 6 de la ley 80 de 1993, y que otros efectos son consecuencia de la falta de igualdad jurídica entre los extremos subjetivos de la relación.

B. De las partes vinculadas o de los sujetos extremos de la relación

El ordenamiento predica de quienes constituyen los extremos de la relación obligatoria, que se hallan en situación jurídica correlativa de *deu-*

dor y de *acreedor* el uno frente al otro y ambos respecto de una prestación, por manera que el deudor responderá de ella en forma voluntaria, o en forma coactiva, en cuyo caso habrá dado lugar al campo jurídico de la responsabilidad.

La obligación que tiene su origen en el contrato administrativo tiene por sujetos, de un lado, a la administración contratante, y del otro, el particular contratista, uno y otro debidamente determinados, quienes en virtud del acto dispositivo de intereses patrimoniales contraen recíprocamente obligaciones, por manera que pueden obrar indistintamente como deudoras o acreedoras correlativas.

Es preciso, sin embargo, distinguir entre los sujetos a quienes se reconoce capacidad para contratar, y los sujetos que conforman los extremos de la relación obligatoria, pues no siempre coinciden.

En efecto, aunque líneas atrás se ha hecho referencia a "la administración contratante", como uno de los extremos de la relación bajo estudio, debe aclararse que con ello se pretende aludir a la persona jurídica de derecho público en cuanto sujeto capaz de contraer obligaciones por sí y ante sí, y no a la totalidad del universo de las llamadas por la ley "entidades estatales".

Esta precisión debe hacerse, pues ocurre que con el estricto objeto de definir la capacidad para celebrar contratos estatales por activa, el artículo 2º de la ley 80 de 1993 calificó como "entidades estatales" no sólo a las personas jurídicas de derecho público (literal a ordinal 1º del artículo 2º *ibidem*), sino también a órganos que hacen parte de algunas de las personas jurídicas de derecho público a las que antes aludimos y que en consecuencia carecen de personalidad jurídica. Tan polémico proceder encuentra justificación en la necesidad de garantizar a dichos órganos la autonomía administrativa y presupuestal que les fue conferida por la Constitución o por la ley.

Pero una cosa es la reconocida capacidad para celebrar contratos y otra la capacidad para obrar como centro de imputación jurídica de la relación obligatoria. Ésta sólo se predica de las personas jurídicas de derecho público, bien por que hayan dispuesto de intereses patrimoniales con fines de servicio y a través de los órganos que detentan su representación legal, o bien por que

⁷ BETRCAITZ, Miguel Ángel. "Teoría General de". P. 238.



soportan la carga obligacional derivada del contrato celebrado por uno de sus órganos como centro de autónomo de imputación presupuestal.

Parecida acotación ha de hacerse, respecto de los consorcios y uniones temporales, modalidades de los llamados “*acuerdos de colaboración*”, o “*alianzas estratégicas*”, autorizados para obrar como contratistas de la administración, y habilitados por ende para trabar relaciones contractuales con ella. Empero, no quiso con ello el legislador, reconocer personalidad jurídica a tales acuerdos. Si bien pueden obrar como sujetos capaces de trabar la relación contractual, no son capaces para obligarse en cuanto tales. Las obligaciones nacidas de la dicha relación pesan sobre las personas integrantes de la unión temporal o del consorcio, ora en forma solidaria, ora en forma individual entre sus integrantes. Así, en relación con los consorcios, las obligaciones nacidas del contrato pesan sobre las personas consorciadas, en forma solidaria, pero no sobre una persona diferente de las que participan en el acuerdo de colaboración respectivo. En las uniones temporales habrá de distinguirse: La obligación de cumplimiento del objeto contractual pesa sobre los miembros de la unión solidariamente,

y las obligaciones que surjan del poder de policía de la administración sobre la ejecución contractual, a manera de sanciones, pesarán exclusivamente sobre los miembros de la unión temporal en función de su participación en la ejecución de la actividad correspondiente, según acuerdo previo (Artículo 7 de la ley 80 de 1993).⁸

En adición a lo expuesto, con relación a los sujetos extremos de la relación administrativo contractual resulta imperioso connotar dos aspectos:

El primero, que en dicha relación los sujetos son calificados. En uno de sus extremos ha de hallarse necesariamente una *entidad estatal*. En el otro, un contratista que además de su capacidad civil debe acreditar (con el juramento) no hallarse en situación de inhabilidad o de incompatibilidad, y que ha sido seleccionado en consideración a sus atributos especiales para el desarrollo del objeto de interés público que reviste el contrato, por manera que del contratista se dice que ha sido seleccionado *in tuitu personae*⁹. De ello da cuenta el inciso 3º del artículo 41 de la ley 80 de 1993, con la consecuente prohibición de cesión del contrato por el contratista sin previa autorización escrita de la entidad estatal contratante.

⁸ De este artículo emerge otra consecuencia en el campo de las obligaciones y que hace referencia a la imposibilidad de configurar obligaciones que se gobiernen por las reglas destinadas a las llamadas obligaciones “de sujeto pasivo plural y objeto indivisible”.

⁹ Aunque esta connotación ha sido tradicionalmente admitida por la doctrina, recientemente algunos autores entre los que destacamos, por su influjo sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado, a GARCÍA TREVIJANO-GARNICA, han reaccionado contra ella, tal y como se expondrá al momento de tratar el tema de la cesión. Sobre la influencia que ha ejercido en nuestro máximo juez administrativo véase el Auto 21845 de febrero 7 de 2002 de la Sección Tercera en Sala de lo Contencioso Administrativo.

El segundo aspecto de interés radica en que los sujetos de la relación administrativo contractual, a diferencia de lo que ocurre en la relación contractual privada, se encuentran en evidente desigualdad jurídica, y que el punto de equilibrio de la relación gravita tan sólo en el ámbito económico.

En efecto, uno de los aspectos más problemáticos que afrontaron los estudiosos de la relación administrativo contractual, desde la óptica de la teoría tradicional francesa, se originó en la dificultad que entrañaba el entendimiento de la voluntad legisladora de las partes ya que ésta tiene por presupuesto una relación entre partes jurídicamente iguales, mientras que la relación contractual de derecho público vincula a un sujeto dominante y cualificado, como lo es el estado contratante, con otro sujeto, particular y por ende desprovisto de poder, como lo es el contratista. La desigualdad jurídica aflora desde los albores mismos del negocio y se extiende hasta la liquidación del contrato: Una administración que unilateralmente prepara las reglas contractuales, una administración que selecciona entre diversas propuestas económicas que adhieren en lo demás a las reglas preparadas por ella, una administración que tiene el deber de exigir unilateralmente la garantía de la prestación a cargo del contratista, y que se encuentra provista durante la ejecución del contrato notables de privilegios y potestades frente al contratista. Cómo entender que tal relación es el producto de la actividad legisladora contractual de dos partes jurídicamente iguales?

A cambio de ello, resulta admisible concebirla como el resultado del ejercicio de dos autonomías: La autonomía privada del contratista y la autonomía administrativa del Estado,¹⁰ en clara manifestación dispositiva de intereses patrimoniales, sin perjuicio de las prerrogativas y privilegios que una de las partes tiene en consideración a los fines de interés general que le compete realizar.

C. De la prestación debida

El objeto de la obligación contractual se concreta en traditar o transferir la propiedad sobre una cosa material, en la ejecución de un determinado hecho, o en una abstención de determinada actuación lícita, medios éstos a través de los cuales se pretende la satisfacción de una necesidad por parte del acreedor.

Como particularidad de las prestaciones objeto de las obligaciones contractuales de tipo administrativo se tiene que en la prestación debida por el contratista se reconoce la existencia de un interés general en su realización como quiera que con ella se pretende satisfacer una necesidad que atañe a la comunidad en general y no a tan sólo a la persona natural del servidor público que celebró el contrato. En este rasgo particular ha de hallarse la *ratio legis* de algunas exigencias que el ordenamiento impone al contratista, como la de garantizar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, así como de las potestades de policía administrativa que le atribuye a la administración contratante para asegurar la debida ejecución del contrato por el contratista (Art. 4º ley 80 de 1993), o de la cláusula excepcional en cuya virtud puede la administración imponer la caducidad en caso de grave incumplimiento del contratista que amenace la continuidad de la función administrativa o la continua prestación del servicio.

Pero, no sólo la prestación a cargo del contratista es objeto de especial atención legal. También merece tratamiento especial la prestación a cargo de la administración contratante que de ordinario consiste en el pago del precio y excepcionalmente, en el contrato de concesión, en la percepción por parte del contratista de una tasa. En efecto, la natural conmutatividad del contrato administrativo reclama equivalencia en las prestaciones recíprocas y se traduce, durante la ejecución del contrato, en un debido y continuo equilibrio económico en la relación, cuya guarda constituye deber para la administración (ordinales 4º y 8º del artículo 4 *ibidem*) y en un derecho del contratista (ordinal 1º del artículo 5º *ibidem*).

Con todo, la característica peculiar más importante del objeto de las obligaciones administrativo contractuales radica en que, como consecuencia de la cláusula exorbitante que faculta a la administración para la *modificación unilateral* del contrato, es posible que, con fundamento en consideraciones de interés público, la administración introduzca, en forma unilateral y obligatoria para el contratista, "variaciones cuantitativas o cualitativas de las prestaciones que constituyen el objeto de las obligaciones del contratista, tales como las obras, los servicios, y los suministros", bien por aumento o adición, por disminución o reducción de los ítem contratados,

¹⁰ Sobre el alcance del principio de la autonomía de la voluntad referido a la entidad estatal contratante, ver BENAVIDES, José Luis. Pgs. 98 a 113.

o por cambio en las especificaciones técnicas de la obra, servicio o suministro. Esta facultad se entiende conferida a la administración, sin perjuicio del deber de mantener la equivalencia económica de la relación, y del derecho del contratista a optar por la resolución del contrato en caso de excederse el *umbral de riesgo a su cargo*, estimado por la ley en un veinte por ciento (20%) estimado sobre el valor inicial del contrato¹¹.

No menos interés revisite el estudio de las obligaciones con prestación *de hacer* a cargo de la administración, pues razones históricas relativas al origen mismo del derecho administrativo en Francia¹² forzaron la adopción de un principio conforme al cual la administración no puede ser forzada por el juez a cumplir obligaciones cuya prestación consista en la ejecución de un hecho determinado, en un *facere*, independientemente de cuál sea la causa o fuente de la obligación. Este principio, sin embargo, ha hecho crisis en Colombia a partir del establecimiento por vía constitucional de la llamada acción de cumplimiento (artículo 87 de la Constitución Política), aunque en forma tan sólo parcial, puesto que las obligaciones objeto de cumplimiento forzado por medio de esta acción son las que se disponen por ley o acto administrativo. Queda así indemne el principio respecto de las obligaciones de hacer a cargo de la administración, nacidas con ocasión y por causa del contrato estatal.¹³

No significa lo anterior que no pueda la administración contraer obligaciones con prestación de hacer vía contrato. Significa que en caso de incumplimiento de la obligación así pactada a su cargo, podrá el acreedor demandar, no su cumplimiento, sino la declaración de haberse incumplido, acompañada de la consiguiente obligación indemnizatoria.



III. DEL CONTRATO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES ADMINISTRATIVAS

Uno de los principios elementales de la lógica clásica enseña que no hay efecto sin causa. Su aplicación al tema de las obligaciones, y en particular, al punto de la prestación debida, en cuanto consecuencia gravosa para un sujeto (para aquel que resulta constreñido a realizar la prestación), y provechosa para otro (para aquel que deviene beneficiario de la prestación), conduce al estudio de las llamadas por los juristas romanos "*fuentes de las obligaciones*".

Un repaso de la doctrina jurídica occidental y privatista, desde Roma hasta nuestros días, pone en evidencia que las fuentes o causas eficientes de las obligaciones han sido tratadas desde un basamento primigeniamente ético, forjado sobre la consideración de la libertad como un atributo esencial al ser humano, conforme al cual, el ser humano, por causa de la libertad de opción y de su capacidad de razón que le permite obrar correctamente, se obliga a asumir las consecuencias de sus actos.

Fue así como los romanos encontraron cuatro clases de obligaciones en función de sus fuentes: las que tenían por causa al contrato; las que tenían por causa al delito; las que ocurrían *como a consecuencia de un contrato* (quasi ex contractu) y las que ocurrían *como a consecuencia de un delito* (quasi ex maleficio).

La doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX, cultivada en el paradigma liberal, recogió con beneplácito la clasificación romana, agregando, en forma residual a la ley, para acomodar allí los hechos que no encontraban cabida en las cuatro fuentes antes referidas, por manera que para la doctrina clásica, que sigue nuestro código civil en su artículo 1494, son causa eficiente de las

¹¹ ESCOBAR GIL, Rodrigo, p. 335.

¹² Sobre la historia del derecho Administrativo véase VÉLEZ GARCÍA, Jorge. "Los dos Sistemas del derecho Administrativo". Bogotá. Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994.

¹³ Escobar Gil, Rodrigo, pgs 275 a 278.

obligaciones, el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley; y entre los cuasicontratos enmarca, principalmente, a la agencia oficiosa, al pago de lo no debido y a la comunidad.

Hoy por hoy resulta poco menos que innecesario apelar a la categoría cuasi contractual. La dogmática italiana irrumpe con éxito en este escenario, para dar solución a la imprecisión de la noción "cuasicontrato" con la introducción de la categoría "negocio jurídico", que engloba, tanto el acto bilateral dispositivo de intereses patrimoniales, que es el contrato en sí, como el acto aún unilateral dispositivo de intereses aún extrapatrimoniales.

Igual contribución presta la dogmática italiana en la superación de la tortuosa categoría cuasidelictual, por cuanto el acto jurídico comprende todo hecho producto del comportamiento humano capaz de producir consecuencias jurídicas, indistintamente que a él haya aplicado su voluntad y propósito, o simplemente constituya un error de conducta por trasgresión de deberes generales de prudencia, diligencia o pericia.

En este orden de ideas, el cuadro de las fuentes de las obligaciones resulta completo si se reúne allí al contrato, al negocio jurídico unilateral y a todo acto o hecho con mérito suficiente, a la luz del ordenamiento jurídi-

co, para obrar como causa de obligaciones a fin de restablecer el principio inquebrantable de justicia que dicho ordenamiento se propone servir con la sanción de determinadas relaciones intersubjetivas.

Tales son las fuentes de las obligaciones sin consideración a la disciplina jurídica que sea objeto de estudio.

Si se pretende hallar una diferencia específica en función del tipo de relación que se gobierna, ha de buscarse en la prelación o a la frecuencia de uso de las fuentes. Así, en el derecho civil y en el derecho privado en general, cuyo objeto de normación lo constituyen las relaciones de coordinación entre sujetos libres y jurídicamente equiparables, la fuente de obligaciones privilegiada es el contrato, como expresión de la autonomía privada. A contrapelo, en el derecho administrativo, cuyo objeto de formación lo constituyen por antonomasia las relaciones de subordinación, la fuente privilegiada de obligaciones es el negocio jurídico unilateral, vale decir, parodiando a Messineo¹⁴, la declaración unilateral de voluntad dirigida a la producción de determinados efectos jurídicos, aunque no enteramente



¹⁴ FRANCESCO MESSINEO. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo II Doctrinas Generales. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1.971 pág 338., citado por PINILLA, Marcela en sus memorias de seminario Negocio Jurídico USTA, Bucaramanga 2003.

previstos por quien emite la declaración conciente y deliberadamente orientada a crear, modificar o extinguir obligaciones y derechos.¹⁵ Tal declaración unilateral de voluntad recibe el nombre, cuando es expresión de la función pública administrativa, de "acto administrativo". Esta es una característica propia del derecho público. Repugna al derecho privado el reconocimiento a un sujeto de facultades para derivar unilateralmente consecuencias adversas y obligatorias para otros, contra su voluntad.

Con todo, en el marco de las democracias liberales el *imperium* del Estado encuentra limitaciones derivadas de la libertad individual, y en consideración a dichas limitaciones el Estado no puede obtener la totalidad de los bienes y servicios necesarios para satisfacer las necesidades generales a su cargo, por medio de disposiciones unilaterales. Por ello traba también relaciones que en principio semejan relaciones de coordinación, de tipo contractual, para obtener de los particulares los bienes y servicios que demanda en orden a la satisfacción de las necesidades generales a su cargo, cuando los suyos propios y los que puede arbitrar mediante decisiones unilaterales son insuficientes a dicho fin. Por ello el contrato es también una importante fuente de obligaciones en el derecho administrativo.

Por último, se reconocen como fuente de derecho administrativo a todo acto o hecho con mérito suficiente, a la luz del ordenamiento jurídico, para obrar como causa de obligaciones a fin de restablecer el principio inquebrantable de justicia que dicho ordenamiento se propone servir con la sanción de determinadas relaciones intersubjetivas. Así, el enriquecimiento sin causa, la agencia oficiosa o el pago de lo no debido son actos jurídicos fuente de obligaciones. Para otros¹⁶, modalidades de cuasicontratos administrativos, pero igualmente causa de obligaciones. De igual manera, todo acto o hecho imputable al Estado como causa de daño antijurídico es reconocido por la ley (artículo 90 de la Constitución Política) como fuente de obligaciones administrativas.

A pesar del propósito del énfasis propuesto para este trabajo en las obligaciones que tienen por causa al contrato estatal, es importante tomar en consideración que con ocasión de la relación contractual y por causa de hechos ajenos al contrato mismo, surgen obligaciones a cargo de las partes que en sentido estricto no serían obligaciones contractuales (porque no tienen por fuente al contrato pero surgen con ocasión de la relación contractual), aunque el ordenamiento jurídico las haya tratado como si lo fueran. En el mismo orden de ideas, ha de considerarse que con ocasión de la ejecución del contrato, pueden las partes vinculadas por él, incurrir en hechos que den lugar al nacimiento de responsabilidades extracontractuales. Tal el caso del contratista de obra que por razón de la obra incurre en un error de conducta que causa daño a terceros. Estos podrán demandar de la jurisdicción que declare la existencia de una obligación de reparación del daño a cargo, solidariamente, del contratista y de la administración contratante, pero por vía extracontractual, pues la causa será un acto o un hecho (según el caso), ocurrido con ocasión de la ejecución contractual y no el contrato mismo.

IV. DE LAS CLASES DE OBLIGACIONES

Las obligaciones, como todos los objetos de conocimiento, son posibles de clasificación desde muy diversos puntos de vista. Sin embargo, por su utilidad práctica, merecen especial detenimiento aquellas que se hacen en función de los elementos constitutivos de las obligaciones¹⁷.

Al punto resulta necesario destacar la importancia que reviste el artículo 40 de la ley 80 de 1993, en cuanto dispone, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, que las partes del contrato estatal podrán celebrar los contratos y acuerdos que no resulten contrarios a la ley al orden público o a las buenas costumbres (que tales son los que permite la autonomía de la voluntad), y que en los contratos podrán incluir-

¹⁵ Puede decirse que la administración no puede crear obligaciones que no hayan sido dispuestas por vía general por el legislador, y con ello replantearse el punto controversial de la ley como fuente de obligaciones, que en este caso del derecho administrativo ya no sería residual, sino la más importante entre ellas, como lo sostiene GARRIDO FALLA, pg. 19 de su volumen II del Tratado de Derecho Administrativo. Sin embargo, a ello podría responderse, como se hizo líneas atrás, que la ley es fuente remota y no próxima de las obligaciones. Entre otras razones, por causa de la generalidad que le es característica y que repugna al presupuesto de la determinación del sujeto propio de las obligaciones.

¹⁶ GARRIDO FALLA, Fernando. "Tratado de derecho Administrativo". V. II. P. 20.

¹⁷ Ver cuadro sinóptico en OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. P. 22.

se las **modalidades, condiciones** y en general, las cláusulas y estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes (salvo los anticipos y pagos anticipados que superen el 50% del valor inicial del contrato), siempre que no sean contrarias a la constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de la ley de contratación estatal y a los de la buena administración.

En esas condiciones, puede decirse que, en principio, puede pactarse en el contrato administrativo cualquiera de las clases de obligaciones de que da cuenta el código civil, y que se impone su estudio como presupuesto de conocimiento de los efectos del contrato.

Sin embargo, en este punto se limitará el análisis a la caracterización de estas clases de obligaciones y a la determinación, *grosso modo*, de su pertinencia para la relación administrativo contractual, pues como ya se precisó, sin perjuicio de los principios generales que pretenden desarrollar, las reglas jurídicas que recoge el código civil sobre la forma de dar cumplimiento a cada una de estas especies de obligación, no aplican al ámbito de las obligaciones nacidas del contrato estatal. Se tratará, con la ayuda de algunos ejemplos, de demostrar tal afirmación.

A. De las Obligaciones Naturales

El código civil colombiano, en su artículo 1527, nos dice que son obligaciones civiles aquéllas que dan derecho para exigir su cumplimiento, y que son obligaciones naturales las que no confieren tal derecho, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.

A priori, y por ahora con basamento en una herramienta meramente semántica, podría pensarse en la impertinencia de esta clasificación para el estudio de las obligaciones administrativas, y más específicamente, para el estudio de las obligaciones a cargo del Estado, habida consi-

deración de la connotación privatista que aparece el calificativo de "civiles" para las obligaciones que se contraponen a las naturales.

Empero, nada obsta para que el estado se halle en alguna de las situaciones a las que alude el código civil como causas posibles de obligaciones naturales. Veamos:

La disposición civil referida expone los siguientes ejemplos de obligación natural:

Las contraídas directamente por los menores adultos (varón mayor de 14 años y mujer mayor de 12 años, pero en uno y otro caso, menores de 18 años), por cuanto el discernimiento imperfecto de quien funge como deudor le resta aptitud a su voluntad para ligarle jurídicamente al acreedor, en forma tal que este último no podrá exigir coactivamente y con el auxilio del aparato judicial del Estado su cumplimiento, sin que por ello pueda decirse que en el orden fenomenológico y aún en el orden moral, la obligación no exista. Se trata de un ejemplo de dudosa utilidad práctica en tratándose de obligaciones originadas en el contrato estatal, puesto que la dinámica del contrato, generalmente impone el aseguramiento por parte de la administración de la plena capacidad del contratista en atención a su edad, y por que el acceso a la función pública tiene como requisito previo dicha verificación..

Las obligaciones sancionadas por el ordenamiento jurídico positivo pero cuyo derecho de exigibilidad coactiva se ha extinguido por razón del paso del tiempo durante un lapso previsto en la ley acompañado de la tolerancia e inactividad del acreedor, esto es, por la ocurrencia del instituto de la prescripción extintiva de las obligaciones. Cuando de obligaciones nacidas del contrato estatal se trata, su exigibilidad debe procurarse mediante el ejercicio de la acción contractual de responsabilidad, y el plazo de la prescripción extintiva ha sido fijado por la ley en 2 años¹⁸. Si corrido dicho plazo el acreedor no ha hecho ejercicio de la acción, la obligación a cargo de la entidad estatal se torna meramente *natural*, en forma tal que ya no podrá el acreedor exigir coactivamente su cumplimiento.

¹⁸ En este punto no resulta sencillo deslindar entre prescripción extintiva de las obligaciones y caducidad de las acciones. Véanse como ejemplos: Consejo de Estado, Sección tercera, Auto de agosto 20 de 1997. Expediente 13.513. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo; Sentencia 13782, de octubre 9 de 1997, y Auto 17333 de marzo 9 de 2000 de la misma sección. Con todo, el punto merece mejor tratamiento, pues al tanto que la caducidad debe ser declarada aun de oficio por el Juez, en la prescripción, para que el efecto liberatorio se produzca, como lo dispone el artículo 2535, amén del simple transcurso del tiempo, se hace necesario que el deudor lo haga valer explícita y oportunamente, proponiendo la excepción correspondiente, porque al juez no le es dado declararla de oficio, como puede hacerlo con otras excepciones de fondo. Además, en tal caso el término admite suspensión y es renunciabile.



Desde el otro extremo, si a pesar de la ocurrencia de la prescripción extintiva, la administración paga lo debido al contratista acreedor en forma solamente *natural*, el contratista podrá retener lo pagado, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar la administración contra el servidor público que autorizó el pago en tales condiciones, con renuncia de una prescripción y en un gesto de generosidad que contrasta con los deberes de conservación de un patrimonio que es ajeno a él y que es de interés público. Dan apoyo a esta inferencia los artículos 51 de la ley 80 de 1993 y las normas atinentes a la responsabilidad de quienes ejecutan el presupuesto público, compendiadas hoy en el Decreto 111 de 1996.

Las que provienen de actos o contratos desprovistos de las solemnidades que la ley demanda para su formación. Vale decir, las obligaciones que tienen por fuente una decisión, un acuerdo de voluntades o una declaración conjunta y convergente de voluntades dispositivas de intereses patrimoniales insuficientes por sí mismos para generar, como efecto jurídico la obligación. En materia contractual el asunto alude a los contratos solemnes por oposición a los contratos meramente consensuales, esto es, a términos del artículo 1500 del código civil colombiano, aquellos para cuya formación no basta el acuerdo de voluntades, por cuanto están sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no producen ningún efecto jurídico, no nacen, simplemente, a la vida jurídica.

Es el caso del contrato estatal a la luz del inciso 1º del artículo 41 de la ley 80 de 1993, habida cuenta que para su perfeccionamiento no basta la existencia de acuerdo sobre el objeto y de la contraprestación, sino que se hace necesario que este acuerdo se eleve a escrito. Esta norma ha sido interpretada por el Consejo de Estado, como reguladora de requisitos para la existencia y no para la validez del contrato, por manera que resulta más evidente aún que no naciendo la fuente, no nace la obligación.

Así las cosas, el mero acuerdo de voluntades dispositivas de intereses patrimoniales logrado entre una entidad estatal y un contratista, pero que no consta por escrito, no da lugar al nacimiento del contrato administrativo, y en consecuencia, de allí no nacen obligaciones en sentido jurídico (esto es, de aquellas que dan acción para su exigencia coactiva), sino, a lo sumo, obligaciones simplemente *naturales*. En consecuencia con la norma civil en cita, el servidor público que en ejercicio de funciones cumple con las obligaciones meramente naturales nacidas a cargo de la administración de un acuerdo sin las debidas solemnidades genera como resultado, un pago que la administración no podría repetir del particular beneficiado, sin perjuicio del compromiso de la responsabilidad personal del generoso servidor público.

A su vez, el contratista de buena fe que desea ver remunerada su prestación cumplida como consecuencia de una obligación nacida de un acuerdo no perfeccionado, a falta de título contractual debe apoyarse en fuente

extracontractual, cual es el hecho del enriquecimiento sin causa de la administración, mediante el ejercicio de la *actio in rem verso*.¹⁹

Restaría citar las obligaciones que existiendo en el orden fenomenológico no fueron reconocidas en juicio por falta de prueba. Para éste caso resultan especialmente pertinentes los artículos 345 y 346 de la Constitución Nacional en cuyo mérito, en tiempo de paz no podrá hacerse erogación alguna con cargo al tesoro que no se halle incluida en el presupuesto de gastos, y en éste

de la obligación, y en la inversión de la carga de la prueba en el caso de pagarse lo debido en virtud de un vínculo desestimado judicialmente y por falta de prueba de la fuente que le dio origen.²⁰

Tan elogiable explicación, sin embargo, no es de recibo para justificar el cumplimiento de obligaciones naturales por parte del servidor público, pues los casos de nulidad relativa por incapacidad relativa demandan, a la luz del artículo 46 de la ley 80 de 1993, de ratificación **expresa**; la



no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido o legalmente contraído.

Cómo entender que el derecho positivo se ocupe, a lo menos parcialmente, de un vínculo con carga prestacional en cuya virtud no hay derecho para reclamar lo debido? La doctrina se ha ocupado de dar respuesta a este interrogante en diversas formas, entre las que merece destacarse aquella que se apoya en el instituto de la ratificación en los casos de las obligaciones contraídas por menores adultos o sin requisitos de solemnidad, en la renuncia de la prescripción extintiva

celebración de contratos sin el requisito de forma no genera nulidad sino inexistencia del contrato y mal puede ratificarse lo que no existe; amén que este tipo de pagos reñiría con el artículo 345 constitucional.

De las obligaciones de objeto simple y de objeto plural.

Las obligaciones se clasifican según el sea singular o plural el objeto materia de prestación.

Las obligaciones de objeto simple se dividen, a su vez, aunque tal división sólo sea importante para el caso de obligaciones de sujeto plural²¹ y

¹⁹ Un buen recuento de las vicisitudes de esta acción en la jurisprudencia del Consejo de Estado puede consultarse en BENAVIDES, José Luis. Pgs. 181 y ss.

²⁰ URIBE HOLGUIN, Ricardo. Pgs. 23 y ss.

²¹ La razón se encuentra en el artículo 1649 del código civil según el cual "el deudor (singular) no puede obligar a acreedor a recibir por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales". (paréntesis fuera de texto).

por tanto se tratarán en ese momento, en obligaciones de objeto único divisible y obligaciones de objeto único indivisible, según que puedan o no cumplirse "por partes"²²

Las obligaciones de objeto plural pueden ser conjuntas si el deudor debe todos los objetos de la obligación y está en la obligación de ejecutar todos los objetos pactados para liberarla; alternativas si el deudor debe varias cosas pero le basta con el pago de una de ellas para liberar la obligación; o facultativa si el deudor debe un solo objeto pero puede liberar la obligación pagando con otro distinto que se designa pero que no debe.

Las obligaciones de objeto plural son usualmente pactadas en la modalidad conjunta, en forma tal, que no queda satisfecha la obligación con el pago de una sola de las cosas que se debe.

B. Obligación Alternativa

Mientras se respete la conmutatividad propia del contrato estatal, nada obstaría para que la administración contratara simultáneamente el arrendamiento, por ejemplo, de una determinada fotocopiadora o de un determinado scanner a elección del contratista, en el entendido que con cualquiera de estos dos bienes satisface sus necesidades. Se estará, entonces, en presencia de una obligación alternativa de la que puede liberarse el deudor contratista con la entrega de uno cualquiera de los objetos a su elección (salvo pacto en contrario), sin que, pueda la administración exigir coactivamente la entrega de una de ellas específicamente, en caso de aplicarse la fórmula prevista por los artículos 1556 a 1558 Código Civil Colombiano.

Empero, es éste uno de los casos que permite evidenciar la inaplicabilidad de estas fórmulas normativas a la obligación que tiene por causa al contrato administrativo, puesto que en gracia de las necesidades del servicio, fin que atiende la entidad estatal al momento de contratar y adquirir derecho en virtud del contrato, ha de inferirse que en este tipo de relación, el derecho de elegir se debe entender pactado en beneficio de la administración, en contra de lo previsto en el inciso 2º del artículo 1557 del Código Civil y por causa de la privilegiada aplicación del artículo 28 de la ley 80 de 1993.

En el mismo orden de ideas y en adición a lo dispuesto por el tenor literal del artículo 1561, conforme al cual, en el caso de pérdida fortuita

de una de las cosas debidas alternativamente, el deudor satisface la obligación con la entrega de la cosa que subsiste, ha de concluirse que podría la administración extinguir la obligación mediante la terminación unilateral del contrato, siempre y cuando sea evidente que las cambiantes necesidades del servicio imponen el cumplimiento de la obligación alterna mediante el pago de la prestación alterna cuyo objeto se perdió.

C. Obligación facultativa

Se define por la ley como "la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designe" (artículo 1562 C.C.).

Ello significa que a diferencia de lo propio de la obligación alternativa, en éstas sólo se debe una cosa, por manera que nada más puede demandar el acreedor, y si ésta consiste en la entrega de un cuerpo cierto y perece sin culpa del deudor antes de incurrir en mora, la obligación se extingue (Artículo 1563 C.C.).

Pero si la única cosa debida perece por culpa del deudor o durante su mora, en el caso de una relación contractual entre particulares, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil. En una relación contractual administrativa, dará lugar a la declaración de caducidad del contrato, con sus condignas consecuencias.

No sobra advertir que las reglas que se acaban de describir con relación al riesgo de la cosa en las obligaciones alternativas o facultativas deben entenderse referidas a obligaciones cuyo objeto no sea una cosa cualquiera de entre las que conforman una especie (como cuando se debe un computador, un carro chevrolet, un tractor caterpillar), pues en tal caso, reza el artículo 1567 del código civil, "la pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación".

D. De las obligaciones de sujeto plural y objeto divisible o indivisible

Se retoma en este acápite el tema de la indivisibilidad, que como se dijo líneas atrás, alude al objeto, pero cobra relieve ante obligaciones de sujeto plural, por cuanto las obligaciones de sujeto plural se cumplen en forma diferente según tenga objeto divisible o indivisible, y se

²² OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Pgs 253 y ss.

gún pueda, en consecuencia, pagarse o no, por partes entre los diversos deudores o exigirse o no su pago por partes, por los diversos acreedores.

La importancia de este género de obligaciones parece relativizarse en la relación administrativo contractual, habida cuenta que por expresa disposición legal, la única posibilidad de configuración de parte contratista plural y deudora en la obligación contractual se presenta en caso de consorcios y uniones temporales, y en tales eventos, independientemente de la divisibilidad del objeto, toda obligación a cargo de los consorciados será solidaria; y la obligación de los unidos temporalmente, de cumplimiento del objeto contratado, también es solidaria. Y ello significa que todos responden *in integrum* del objeto contratado, por manera que a falta de pago de la totalidad del objeto contratado, deviene la declaración de incumplimiento y las consecuentes prestaciones de responsabilidad contractual.

No obstante, tal afirmación no puede hacerse en forma categórica, pues en la unión temporal, la obligación que tiene por título la sanción por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta o del contrato, se imponen unilateralmente por la administración "de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión...". Ahora bien, siendo la obligación en tal caso, de dinero, es por naturaleza de objeto divisible, y se abre la posibilidad de configuración de una obligación de sujeto plural y objeto divisible.

De igual manera queda a salvo la posibilidad de que surja obligación plural con objeto divisible, siempre que un número plural de entidades estatales contrate con un solo contratista, puesto que, por ser la obligación a su cargo, de ordinario, de pagar una suma de dinero, se configuraría una obligación de sujeto plural y objeto divisible.

E. Obligaciones solidarias

El código civil colombiano introduce el concepto de obligación solidaria en el inciso 2º del artículo 1568, artículo que tiene por objeto, en su inciso 1º la caracterización de las obligaciones de

sujeto plural con objeto divisible, y lo hace para establecer una excepción al principio aplicable e éstas. Veamos:

Art. 1568 inciso 10: "En *general* cuando se ha contraído por *muchas personas* o para con muchas la obligación de una *cosa divisible*, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

Art. 1568 inciso 20: *Pero*, en virtud de la *convención*, del *testamento* o de la *ley* puede exigirse a cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es SOLIDARIA O INSOLIDUM".

Se trata de un género de obligaciones que cobra especial relieve en la relación administrativo contractual, en atención a los dictados del artículo 7 de la ley 80 de 1993, llamados a extender entre los consorciados o miembros de la unión temporal, en cuanto deudores suyo por causa del incumplimiento de un contrato, la garantía de pago, al tiempo que extiende el número de patrimonios que obran como prenda general del crédito.

Por esta razón, resultan pertinentes, entre otras, las siguientes consecuencias, que se predicen tan sólo de la solidaridad por pasiva, ya que, ni en el consorcio, ni en la unión temporal se presenta solidaridad por activa, de modo que, exceptuado el caso de representación, cada uno de sus integrantes sólo podrá reclamar de la administración el pago de la cuota que les corresponde en la prestación²³:

La obligación nace solidaria, de modo que surgen varios vínculos obligatorios. Por tanto, el vicio que afecte al vínculo respecto de uno de los deudores solidarios no afecta a la obligación de los restantes.

La administración contratante puede exigir *in integrum* la cosa debida como prestación a su cargo en el contrato, a cualquiera de los contratistas integrantes del consorcio o de la unión temporal, o conjuntamente de todos. Sus integrantes se obligan a cumplir mancomunadamente para con la administración, en forma tal que jamás se presentará, con relación a la prestación debida un cumplimiento parcial favorable a uno o varios de los contratistas.

²³ ESCOBAR GIL, Rodrigo. P. 138.

Todos los medios de extinción de las obligaciones, salvo la condonación (que es *intuitu personae*), que operen respecto de un deudor solidario, extinguen la obligación solidaria ante el acreedor.

En este último caso, la obligación se divide entre los codeudores (que ya no serán solidarios), por partes y en función de su interés en la obligación primigenia. El acreedor, que será el codeudor que ha pagado la obligación solidaria, se subroga de esta forma en el derecho del hacedor, aunque sin la garantía que le representaba la solidaridad.

En caso de muerte de un deudor solidario, cada heredero sólo será responsable del pago de la cuota parte que le corresponda en función de su derecho hereditario. Esto se suele explicar con el empleo de un recurso lógico consistente en asumir la existencia de un "poder" que vincula a los deudores entre sí, pero cuyos efectos no alcanzan a los herederos del deudor solidario. Contrasta esta situación con los efectos de la muerte de uno de los deudores de obligación indivisible, caso en el cual cada heredero es obligado al pago de la totalidad del objeto de la obligación. No podría ser de otra forma, ya que éste es indivisible (1580 y 1585 C.C.).

F. Obligaciones modales

Entre las obligaciones modales, destaca por su importancia en materia administrativo contractual, la obligación a plazo.

En efecto, "el contrato administrativo es un contrato a plazo fijo, puesto que para la satisfacción del interés público es imprescindible que las obras, los servicios o los suministros se atiendan en el término consagrado en el pliego de condiciones o en el contrato. El plazo desempeña una importante función, porque si el contratista no cumple sus obligaciones dentro del mismo, la Administración pública queda habilitada para imponer sanciones coercitivas o para declarar la caducidad del contrato, según la magnitud del incumplimiento".²⁴

Así, el plazo, que por regla general se establece en el derecho privado en favor del deudor (1554)²⁵, ha de considerarse en derecho administrativo contractual de especial interés para el servicio. Por tanto, el plazo para el cumplimiento de las obligaciones que tienen por causa al contrato administrativo, es perentorio, en forma que su vencimiento se ocasiona *ipso iure*, y produce automáticamente la mora del contratista, sin que haya necesidad de requerimiento especial para constitución en mora.

No obstante su reconocida importancia, como quiera que, merced a él puede el contratista calcular recursos para el cumplimiento de su obligación, a diferencia de lo que ocurre en derecho civil (Art. 1553 C.C.), el plazo no está afectado por inmutabilidad. La administración podría, si los requerimientos del servicio así lo aconsejan y sin perjuicio del derecho del contratista a ver restablecido el equilibrio económico del contrato -si éste se altera sustancialmente-, hacer uso de la cláusula de modificación unilateral del contrato respecto del plazo, para reducirlo o extenderlo.

V. DEL EFECTO DE LAS OBLIGACIONES

"Se entiende por efecto de las obligaciones el hecho de que el deudor queda constreñido a cumplir correctamente la prestación, so pena de comprometer su responsabilidad. El no cumplimiento, o el cumplimiento tardío, o el cumplimiento imperfecto o defectuoso, da origen a la denominada *responsabilidad contractual*"²⁶.

Al efecto, y en punto de la forma de cumplimiento de las obligaciones, se reitera que el contratista público se ve compelido a cumplir sus obligaciones en un marco de reglas *más estrictas* que las que gobiernan la relación contractual privada, pues el alcance de sus obligaciones no se entiende limitado al tenor literal de lo pactado, ni al estricto querer de las partes, sino, por el contrario, debe entenderse extendido a todo lo absolutamente necesario para garantizar la continuidad del servicio que con el contrato pretende asegurar la administración contratante.

²⁴ ESCOBAR GIL, Rodrigo. P. 360.

²⁵ Constituyen excepción a esa regla, los plazos que expresamente se convengan a favor del acreedor y aquellos plazos que de ser renunciados acarrearían un perjuicio para el acreedor.

²⁶ VALENCIA ZEA, Arturo. Vol. III. Pg. 367.

²⁷ BENAVIDES, José Luis. P. 330.

Para garantía de esta concepción finalista (atada a las necesidades de un servicio público específico²⁷) del alcance de las obligaciones a cargo del colaborador contratista, la administración goza de unas prerrogativas que si bien puede llegar a decirse, polémicamente, que no son necesariamente y del todo ajenas al derecho privado, no puede desconocerse que son, a lo menos, excepcionales en él. Tales prerrogativas, entre otras, comprenden la de interpretar unilateralmente el contrato en aquellos precisos eventos en que las discrepancias sobre el entendimiento de su clausulado pueda conducir a la paralización o afectación grave del servicio que se pretende satisfacer con el objeto contratado; la de modificación unilateral del contrato en cuanto a la extensión del objeto de prestación e incluso respecto al plazo de ejecución al punto de poder decidir unilateralmente su terminación. Además, cuenta la administración con potestades especiales que le permiten declarar en forma unilateral y ejecutoria el incumplimiento de sus obligaciones por el contratista y constituirlo, consiguientemente, en mora, amén de potestades sancionadoras para conminar al contratista a cumplir.

En esas condiciones, la normatividad civil atinente a la forma de ejecución de algunos tipos de obligaciones de los que él da cuenta, entrará permanentemente en conflicto con los requerimientos del servicio, y deberá desecharse para privilegiar estos requerimientos.

A manera de ejemplo, tomemos el aparte del artículo 1604 del código civil, conforme al cual el deudor sólo es responsable de la culpa grave en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor, de la culpa leve en los de beneficio recíproco, y de la levísima en los que sólo a él reportan beneficio. Podría pensarse en la aplicación de este principio al contrato estatal? Veamos:

El contrato estatal es sinalagmático a términos del artículo 28 de la ley 80. Siempre ha de reportar provecho para la administración, pues los servidores públicos deben tener en consideración al celebrar contratos, que las entidades estatales buscan el cumplimiento de los fines a su cargo y la eficiente y continua prestación de los servicios públicos a ellas encomendados (Art. 3º ley 80 de 1993). De igual manera, es un derecho del contratista, recibir oportunamente la remuneración pactada. Así las cosas, el contrato administrativo es de aquellos que reportan beneficio recíproco

para las dos partes y, en consecuencia, de aquellos de los que según la norma civil citada, sólo responde el contratista por la culpa leve.

Pero en el derecho administrativo no opera dicha regla, porque el contratista público soporta la carga, como colaborador de la administración, de asegurar en forma ininterrumpida y en toda circunstancia, la puntual ejecución del servicio público. Así lo prevé en nuestro derecho positivo el ordinal 2º del artículo 5º de la ley 80 de 1993 en cuya virtud el contratista tiene el deber de colaborar "con las entidades contratantes **en lo que sea necesario** para que el objeto contratado se cumpla y que este sea de la mejor calidad..."

A las prerrogativas y potestades antes connotadas se suma la restringida aplicación de la excepción de contrato no cumplido por parte del contratista y la facultad de liquidar unilateralmente el contrato de que goza la administración.

La abundante literatura que circula sobre la ejecución contractual, aunada a los límites que se imponen al alcance de este trabajo, relevan al autor de hacer, en esta oportunidad, énfasis en su análisis.

Empero, los temas desarrollados, referentes todos a la que se denominó al inicio de este escrito "parte estática de la obligación", parecen suficiente muestra de la necesidad de tratar en forma sistemática la aplicación de la teoría de las obligaciones, no tan sólo, al campo de la obligación público contractual, sino, incluso, a todo el universo del derecho administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

- BENAVIDES, José Luis. "El contrato estatal". Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002.
- BERCAITZ, Miguel Ángel. "Teoría General de los Contratos Administrativos". 2ª ed. Buenos Aires. De palma, 1980.
- BOBBIO, Norberto. "Teoría General del Derecho". Editorial Temis, Bogotá 1994.
- CARDOZO ISAZA, Jorge. Apuntes sobre Obligaciones. Librería Jurídicas Wilches, Bogotá 1986.
- ESCOBAR GIL, Rodrigo. "Teoría General de los Contratos de la Administración Pública". Legis S.A., Bogotá, 2003.

- GARCÍA - TREVIJANO GARNICA, Ernesto. "La cesión del contrato administrativo. La Subcontratación". Madrid. Ed. Civitas, 1997.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. "Contratos administrativos y privados tras la ley de contratos de las administraciones públicas". Revista Española de Derecho Administrativo # 95. Ed. Civitas. Julio Septiembre de 1997.
- GARRIDO FALLA, Fernando. "Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. Parte General 9ª edición. Tecnos, Madrid 1989.
- HINESTROSA, fernando. "Función Límites y Cargas de la autonomía privada" En "Estudios de Derecho Privado". Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986.
- JEZZE, Gastón. "Principios Generales del derecho Administrativo". Tomo IV Editorial De Palma. Buenos Aires, 1950.
- OSPINA FERNÁNDEZ GUILLERMO, "Régimen General de las Obligaciones", Temis, Santa Fe de Bogotá, 1994, pg. 20.
- URIBE HOLGUIN, Ricardo. "De las obligaciones y del contrato en general." Ediciones Rosaristas, 1980.
- VALENCIA ZEA, Arturo, DERECHO CIVIL, Tomo III De las Obligaciones. Editorial Temis, 1974.
- VÉLEZ GARCÍA, Jorge. "Los dos Sistemas del derecho Administrativo". Bogotá. Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994.
- VÉLEZ, Fernando. "Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano". Tomo VI. Imprenta París - América. París.

ESPECIALIZACIÓN EN C ontratación E s t a t a l



UNIVERSIDAD
SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
BUCARAMANGA

www.ustabuca.edu.co

E - MAIL: posderecho@ustabuca.edu.co
Campus de Floridablanca

Teléfonos: (097) 6712677 - 6800801 Ext. 2470 - 2474
Bucaramanga - Santander - Colombia

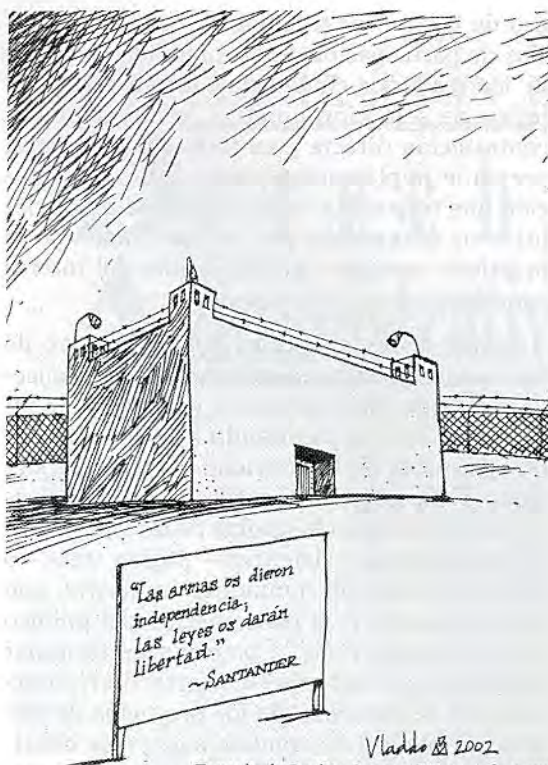
EXTENSIÓN DE LA PUBLICIDAD EN LOS PROCESOS CONTRACTUALES COMO MECANISMO PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN

Por: Milena Acevedo Prada
Abogada - Catedrática

El Estado Colombiano tiene plenamente establecidos una serie de principios que orientan la finalidad del mismo, desarrollados en el Título I de la Carta Política. En ejercicio de la función pública, corresponde a los servidores públicos la responsabilidad de hacer posible la prevalencia de los fines del Estado en el ejercicio de sus actividades, para el desarrollo de una administración que se proyecte al servicio de la comunidad, que promueva la prosperidad y el desarrollo integral de sus asociados.

Dentro de las múltiples herramientas con que cuenta la administración pública para el cumplimiento de los fines del Estado, encontramos la contratación estatal, que debe estar directamente encaminada hacia la satisfacción de las necesidades colectivas y la supremacía del interés general. El artículo 3 del estatuto de contratación de la administración pública - Ley 80 de 1993 -, justifica la celebración de los contratos estatales en el cumplimiento de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en la consecución de los mismos.

Sin embargo, la degradación de algunos sectores de la sociedad, la desnaturalización de los conceptos y el marcado interés personal de algunos gobernantes y autoridades administrativas, han deteriorado las aplicaciones referidas y han transformado la contratación estatal en una herramienta fundamental para obtener



Tomado de Revista Semana N° 1071 de 2002

provechos políticos o económicos ilícitos que deslegitiman constantemente al Estado y generan pérdidas económicas irreparables.

Dentro de los rasgos más visibles de corrupción en esta materia encontramos la selección del contratista bajo criterios exclusivamente subjetivos, el fraccionamiento de los contratos para favorecer intereses personales mediante el proceso de contratación directa, la adaptación específica de los términos de referencia y pliegos de condiciones para favorecer proponentes, la manipulación de la publicidad de los avisos, informes, conceptos y decisiones adoptadas, la flexibilidad ante la confabulación de oferentes, la adaptación de las necesidades frente a intereses particulares y el abuso indiscriminado de los contratos de prestación de servicios.

Con el fin de reorientar este mecanismo en función de sus objetivos reales, el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, desarrolló el Decreto 2170 del 30 de septiembre de 2002, que reglamenta la ley 80 de 1993, modifica el Decreto 855 de 1994 y dicta otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999.

La norma referida amplía los criterios de publicidad de los procesos de contratación y moderniza el desarrollo de los mismos mediante el

uso de las nuevas tecnologías, genera instancias de participación de la comunidad a través de las veedurías ciudadanas, fortalece los criterios de selección objetiva, redirecciona la contratación directa y en términos generales, pretende implementar procesos de contratación que respondan verdaderamente a una política de planeación y a la desestimación de prácticas corruptas en detrimento del interés general.

Dentro de las novedades el Decreto 2170 de 2002, se encuentra la elaboración de *proyectos* de pliegos de condiciones y términos de referencia, que respondiendo a un criterio de transparencia en la actividad contractual, deberán publicarse por la entidad correspondiente, haciendo uso en lo posible de las herramientas tecnológicas existentes – página web – o medios idóneos de comunicación masiva, con el fin de permitir la participación del público en general que tiene la potestad de formular correcciones a los procesos, presentar observaciones al contenido de los proyectos de términos y pliegos de condiciones, y por consiguiente, evitar posibles favorecimientos particulares. De igual manera, bajo los mismos criterios y procedimientos, la entidad estatal deberá publicar los textos definitivos de los términos de referencia y pliegos de condiciones que resulten luego de estudiar las observaciones presentadas por la comunidad, que deberán ser tenidas en cuenta por la administración si las considera acertadas o procedentes.

Las medidas referidas además de estar orientadas hacia la transparencia en el desarrollo de los procesos contractuales desde su etapa inicial, busca ampliar las condiciones de participación de oferentes, de forma que la administración cuente con mayor y mejores alternativas de escogencia, en atención a la necesidad que pretende satisfacer con el contrato.

La publicación de los proyectos y textos definitivos de pliegos de condiciones y términos de referencia, deberá realizarse sobre aquellos contratos cuyo valor supere el 10% de la menor cuantía de la entidad, de acuerdo con el literal a) del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, extendiendo notoriamente la publicidad de los procesos contractuales en procura de la transparencia de los mismos.

Por otra parte, el Decreto 2170 de 2002 limita los criterios de evaluación de la oferta más favorable a factores técnicos y económicos, de forma que las demás condiciones del oferente (expe-

riencia, capacidad jurídica, administrativa, operacional y financiera), sólo podrán ser tenidas en cuenta como elementos que permiten la participación en los procesos de contratación y no como circunstancias evaluables en el proceso de selección del contratista, y así evitar la elaboración de pliegos de condiciones y términos referencia que puedan beneficiar exclusivamente a cualquiera de los participantes (artículo 4 Decreto 2170 de 2002).

Fortalece el decreto igualmente el alcance y contenido de los estudios previos exigidos en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, estableciendo requisitos mínimos en la elaboración de los mismos, con el fin de generar estudios serios y determinantes de los procesos de contratación, que respondan verdaderamente a las necesidades de la entidad en el desarrollo de los fines estatales, toda vez que esta primera fase que corresponde exclusivamente a la administración, incide de manera determinante en la ejecución acertada o equivocada del contrato estatal.

Con la entrada en vigencia del nuevo decreto, se demanda de la administración una verdadera estructura de contratación que responda a procesos suficientemente planeados y delimitados exclusivamente a satisfacer las necesidades reales y concretas que redunden en favor del interés general como elemento esencial del ejercicio de la función pública, previniendo además la indebida utilización de los recursos públicos o el pago excesivo de bienes y servicios, toda vez que la planeación debe dirigirse igualmente al estudio previo de precios del mercado como factor determinante del presupuesto oficial destinado para la respectiva contratación.

Además de los cambios referidos, el Decreto 2170 desarrolla y establece una serie de procedimientos y directrices encaminadas a recuperar el propósito que en sus orígenes tuvo el estatuto general de contratación de la administración pública, que además de modernizar la estructura de los procesos contractuales que se venían desarrollando en vigencia del estatuto anterior, buscó contrarrestar el nivel de corrupción de servidores públicos y contratistas, la ineficacia, los sobrecostos y una serie de circunstancias que conducían a la ejecución de procesos contractuales que contrariaban el interés público.

Sólo basta esperar la efectiva aplicación de la norma reglamentaria por parte de los dirigentes administrativos y servidores públicos quienes tienen a cargo la delicada responsabilidad de defi-

nir el destino de los recursos del Estado mediante el desarrollo acertado, consciente, legal, honesto y efectivo, de los procesos de contratación, con el único propósito de cumplir los objetivos propuestos por la administración al servicio de sus administrados, bajo la prevalencia del interés general y el cumplimiento exclusivo de los fines del Estado.

Es preciso advertir igualmente, que ninguna disposición normativa tiene sentido si la conciencia y esencia humana de quienes asumen la representación de los asociados y los destinos de la administración de los recursos públicos no está soportada en una base sólida de compromiso social, de formación ética y moral, fundamentada en un desinteresado sentimiento de servicio, supeditado a la prevalencia del interés general.

La rigurosidad de la norma no es presupuesto de transparencia, pero quien tiene a cargo la delicada tarea de aplicarla en el ejercicio de su actividad pública, debe necesariamente gozar de una reconocida, definida e innegociable estructura moral, que responda a las expectativas y necesidades de los miembros de la sociedad, en procura del respeto y la dignificación de las instituciones.

BIBLIOGRAFÍA

- AYALA CALDAS, Jorge Enrique (1999), Elementos de derecho administrativo general, ediciones doctrina y ley Ltda., Santa fe de Bogotá - Colombia.
- DÁVILA VINUESA, Luis Guillermo (2001), Régimen jurídico de la contratación estatal, Legis.
- MANRIQUE REYES, Alfredo, La constitución de la nueva Colombia (1991), Cerec, Bogotá - Colombia.
- SOLANO SIERRA, Jairo Enrique (2000), Procedimiento contractual estatal aplicado, Ediciones doctrina y ley Ltda., Santa fe de Bogotá - Colombia.
- VEGA DE HERRERA, Mariela (1999), Contratación estatal, Temis.
- Ley 80 de 1993 por medio de la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública y sus decretos reglamentarios.
- Decreto 2170 de 2002, por medio del cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el Decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la ley 527 de 1993.

ESPECIALIZACIÓN EN Derecho Administrativo



UNIVERSIDAD
SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
BU C A R A M A N G A

www.ustabuca.edu.co

E - MAIL: posderecho@ustabuca.edu.co
Campus de Floridablanca

Teléfonos: (097) 6712677 - 6800801 Ext. 2470 - 2472
Bucaramanga - Santander - Colombia

LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Por: Jorge Céspedes Camacho
Abogado - Catedrático

El principal problema que se le atribuye a la Administración pública en Colombia es la corrupción. Este fenómeno de amplio rechazo popular y que presenta múltiples manifestaciones se ha constituido en el epicentro sobre el que giran casi todas las campañas políticas y la atención de todos los gobiernos, en procura de su disminución o eliminación, utilizando diversos mecanismos implementados por medio de normas anticorrupción.

Una de las formas de corrupción que más ha permeado el sistema administrativo Colombiano es el de la utilización de los contratos de prestación de servicios para evadir o burlar las normas precisas de administración de personal y en especial de carrera administrativa, que por ser recientes en nuestro medio, se encuentran todavía en proceso de asimilación y de total aplicación que permitan eliminar los criterios de antaño sobre el manejo de empleados públicos con respecto a los resultados electorales o a la recomendación política.

La desnaturalización de la filosofía de los contratos de prestación de servicios ha servido para institucionalizar las nóminas paralelas y contratar a personas que no reúnen los méritos que se exigen para acceder a un escalafón de carrera, habiéndose constituido, por tanto, en el mecanismo ideal para que las administraciones de turno vinculen irregularmente al servicio a personas que de otra forma jamás podrían hacerlo, constituyéndose inequívocamente en uno de esos focos de corrupción que deben ser eliminados.

Los contratos de prestación de servicios que fueron creados como una herramienta eficaz que se le entregaba a la administración para ser utilizada en caso excepcionales a efectos



de evitar parálisis en su funcionamiento o para agilizar la prestación de un servicio especial que no era de su esencia, sufrieron profundas alteraciones en su aplicación, porque su naturaleza jurídica fue desvirtuada, convirtiéndose consecencialmente en el caldo de cultivo en el que se están gestando un sinnúmero de procesos contra el Estado orientados a obtener el consecencial restablecimiento del derecho violado. Por esta razón, bien vale la pena analizar su origen, evolución y la transformación que han sufrido, acudiendo para ello a los criterios que las tres altas Cortes han planteado sobre el asunto.

Las posiciones jurisprudenciales que se soportan en el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales se han convertido en el centro de debate dentro de los muchísimos procesos que los contratistas están adelantado contra las administraciones en todos los niveles, como producto del cambio de naturaleza del vínculo al dejar de ser un contrato de prestación de servicios y pasar a convertirse en una relación de carácter laboral.

No puede desconocerse que los contratos de prestación de servicios se utilizan para vincular personal a la administración en forma indiscriminada, con la consecuente flexibilidad para su remoción, pues el contratista de prestación de servicios, tal como lo ve la administración, no tiene ningún derecho y puede ser cambiado a capricho del contratante.

ORIGEN

Fue mediante el artículo 5º de la ley 3ª de 1930 que se facultó al ejecutivo para la contratación de expertos o consejeros técnicos cuan-

do la administración lo considerara conveniente, tendiente a mejorar la organización de algún ramo especial; sin embargo se exigía que para su validez, estos contratos deberían contar con la aprobación del Consejo de Ministros, facultándose a su vez para efectuar los créditos necesarios para atender dicho gasto.

En España, por su parte, la legislación estableció que los contratos de prestación de servicios serían temporales y estarían destinados al desarrollo de tareas de la respectiva dependencia, cuando dicha función no pudiera prestarse con los funcionarios de carrera que pertenecían al respectivo organismo.

En nuestro País, mediante el Decreto 150 de 1976 se definió el contrato de prestación de servicios que, coincidentalmente, era casi la misma ya presentada en la legislación española; se planteaba en el artículo 138 del Decreto 150 de 1976 que el contrato de prestación de servicios puede ser celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la Entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con el personal de planta.

Esta nueva presentación que se le daba a los contratos de prestación de servicios tenía un elemento nuevo sobre el cual se hacía especial énfasis: "No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas", según lo establecía el artículo 138 de la norma citada.

La restricción transcrita estaba orientada a impedir que el contrato de prestación de servicios se utilizara para engordar las plantas de personal de la administración o para evitar que se desvirtuara el criterio de función pública en cuanto al manejo de personal.

El mismo Decreto 150 de 1976 explicaba que los contratos de prestación de servicios entre otros eran los de asesoría; asistencia de cualquier clase; realización de estudios distintos a los de obra pública; representación judicial y rendición de conceptos. De igual forma se hablaba de contratos de prestación de servicios de carácter técnico, orientados a obtener y aprovechar conocimientos y aptitudes especiales, pero su duración no puede ser superior a cinco años.

Como característica especial de los contratos de prestación de servicios regulados en el Decreto 150 de 1976, se contemplaba expresamente que el contratista sólo tendrá dere-

cho al pago de los emolumentos acordados y que no podrá pactarse el pago de prestaciones sociales.

La misma norma establecía que los contratos de trabajo no se considerarían contratos de prestación de servicios.

El régimen de contratación administrativa implementado mediante el Decreto 222 de 1983 definió los contratos de prestación de servicios como aquellos destinados a "...desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios y el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante cuando las mismas no puedan cumplirse con el personal de planta.". Se trataba de la misma definición consagrada en el Decreto 150 de 1976.

Se afirmaba igualmente que los contratos de prestación de servicios podían suscribirse con personas naturales o jurídicas y como novedad se planteaba que podían celebrarse para la prestación de funciones administrativas, aunque para ello se requería autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia de la República.

Esta misma norma explicaba que las funciones administrativas que podían ser cumplidas por los contratistas de prestación de servicios eran aquellas "... similares a las que estén asignadas, en todo o en parte a uno o varios empleos de la planta de la entidad contratante."

El Decreto 222 de 1983 repetía que las clases de contratos de prestación de servicios eran aquellos relacionados con la asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, servicios de salud, edición, publicidad, mantenimiento y reparación de maquinaria, entre otros.

En términos generales no hubo cambio de fondo alguno en cuanto al criterio de contrato de prestación de servicios expuestos en los Decretos 150 de 1976 y 222 de 1983; su concepto era similar.

Posteriormente se expidió el Estatuto Único de Contratación mediante la ley 80 de 1993, esta nueva norma en el numeral tercero del artículo 32 define los contratos de prestación de servicios así: " Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la Entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando tales actividades no puedan realizarse con personal



de planta o requieran conocimientos especializados..."; tal como se observa, la Ley 80 de 1993 está dando una definición más técnica, pero orientada a lo mismo: a cumplir actividades propias de la administración y funcionamiento de la misma.

La norma establece igualmente que "en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales ..."; con absoluta seguridad, esta disposición, en virtud a su indebida interpretación y aplicación, se ha convertido en el centro de todo tipo de debates jurídicos y en fuente de responsabilidad por

parte del Estado hacia los contratistas de prestación de servicios quienes en virtud de las características especiales de ejecución del contrato han entendido que no son contratistas sino que entre ellos y la Entidad existe una verdadera relación laboral y por ende tienen derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Tal como se observa, la norma es clara y precisa; sin embargo, la Administración ha utilizado los contratos de prestación de servicios para vincular, de manera permanente, a personas que cumplen funciones administrativas, paralelas o complementarias a las que cumplen los servidores de la planta de personal, pero que en razón al tipo de vinculación, pueden ser cambiados permanentemente de acuerdo a los requerimientos burocráticos del administrador de turno. Su cambio y movilidad no obedece a razones del servicio sino a las necesidades de pagar favores políticos, en su gran generalidad.

Adicional a lo anterior, dentro del contrato que se suscribe se establece claramente que entre las partes no existe ninguna relación laboral y que el contratista no tendrá derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Sin embargo la realidad es muy distinta, porque generalmente a ese contratista de prestación de servicios se le impone un horario o en su defecto se le establecen unas condiciones de trabajo que le impiden tener libertad en su actuar contractual o se le restringe la posibilidad de decidir sobre el desarrollo del contrato; en conclusión se le subordina a cualquiera de las personas que cumple alguna función directiva dentro de la Entidad.

La situación expuesta es la que desnaturaliza los contratos de prestación de servicio, porque en esa relación surge el elemento de la subordinación como complemento a los de prestación personal del servicio y el de pago de remuneración por ese servicio prestado. Los tres elementos juntos dan lugar al surgimiento de una relación laboral, sin que sobre su existencia se tenga duda alguna.

LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia ha sido determinante para colocar en el plano que le corresponde a los contratistas de prestación de servicios que se

desempeñan con independencia y para fallar a favor de aquellos que siendo contratistas de prestación de servicios son subordinados por el contratante, las sentencias son reiterativas en este sentido, manifestando que la administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución exhiba las notas de un contrato de trabajo; esta práctica administrativa ha sido catalogada como ilegal.

La entrega de la energía física o intelectual que una persona hace a otra bajo condiciones de subordinación hacen surgir una relación laboral; y a esta relación se aplican tanto las normas que regulan el estatuto del trabajo, para particulares, como las normas de derecho público con respecto al Estado. En síntesis, el Estado no está exento de la aplicación de los principios de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, ni de la aplicación de la norma más favorable al trabajador, principios éstos de orden constitucional; de esta forma el Consejo de Estado en sentencia del 10 de diciembre de 1988, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Segunda, Consejero Ponente Doctor Carlos A. Orjuela, haciendo alusión a un pronunciamiento de la Corte Constitucional ha manifestado:

“Desde luego que si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, el derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un tra-



Tomado de Revista Semana N° 887 de 1999

bajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.”

La jurisprudencia ha elaborado una doctrina mediante la cual una vez se demuestre la existencia del elemento de subordinación dentro de un contrato de prestación de servicios, su naturaleza cambia y pasa a convertirse en una relación de carácter laboral; de esta forma el Consejo de Estado en sentencia del 22 de abril de 1999, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, siendo Magistrado

Ponente el Doctor Carlos A. Orjuela Góngora, expuso:

“Sobre el tema de la prestación de servicios la Corte Constitucional, en sentencia de C- 154 de 1.997 con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre dicho contrato y el de carácter laboral, así:

“ El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley..."

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios".

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, y en ese evento surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (Art. 53 C.P.)."

Ahora bien, se ha planteado que con la demostración del elemento subordinante se desnatura el contrato de prestación de servicios y se convierte en una relación laboral, pero debe que-

dar claro, igualmente, que con la aceptación de la existencia de una relación laboral no se convierte en forma automática a este contratista en un servidor público, porque de esa misma forma se estarían violando algunos principios referentes a la función pública y normas legales sobre empleos en Colombia.

Si bien es cierto que el contratista se vincula para prestar un servicio relacionado con la administración, también lo es que en cada entidad existe una planta de personal y a cada empleo se le ha asignado una función específica. Todo ello en cumplimiento del artículo 122 de la Carta que consagra que no puede haber empleo público que no tenga asignadas unas funciones. De esta manera, se establece la diferencia entre un empleado público y una persona que en razón a la desnaturalización de las condiciones contractuales se hace acreedor al pago de prestaciones sociales y todos los emolumentos de orden legal de que gozan los empleados o trabajadores del Estado. En este sentido también se ha pronunciado el Consejo de Estado, en sentencia relacionada anteriormente:

" En efecto, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 define la noción de empleo, funcionario y la calidad de quienes prestan servicios a la Nación en forma esporádica, con el siguiente tenor literal:

" Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República..."

En igual sentido, el decreto 1950 de 1973, por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración de personal civil, en el artículo 6º define la noción de empleo, así:

" Se entiende por empleo el conjunto de deberes, atribuciones y responsabilidades establecidas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignados por autoridad competente, para

satisfacer necesidades permanentes de la administración pública, y que deben ser atendidas por una persona natural.”

A su vez, el artículo 7º *ibídem*, determina:

“Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto.

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esa modalidad.”

De las anteriores disposiciones se concluye que no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes.

En efecto, el artículo 122 de la Carta Política señala:

“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente ...”

Así las cosas, dirá la Sala que las funciones públicas de carácter permanente asignadas por la ley a los cargos públicos solo las puede ejercer una persona natural, que así adquiere el carácter de trabajador estatal, y para ello debe prestar personalmente el servicio.

En los contratos de prestación de servicios celebrados por la demandante con la administración se estipu-

ló que ésta en su calidad de docente contratista deberá de acuerdo con las directrices de la entidad, cumplir las funciones de Profesional Especializado en Psicopedagogía, en el Departamento de Santander, bajo la orientación de la Coordinadora General del Programa, por un valor determinado, lo que significa una actividad personal del educador, continuada subordinación y un salario como retribución.

Mediante este tipo de contratos, - prestación de servicios - cuando las labores a desarrollar son de carácter permanente, busca la administración evitar el pago de prestaciones sociales, no obstante la naturaleza laboral de la actividad efectivamente cumplida por los docentes temporales. En efecto, esta es una práctica administrativa que los departamentos y los municipios han venido prohijando ante la imposibilidad jurídica de vincular nuevos funcionarios a las plantas de personal, en orden a la relativa atención de las necesidades del servicio y al inexorable cumplimiento de las cuotas burocráticas. En defensa de este proceder administrativo se han esgrimido argumentos que van desde la perspectiva del menor costo económico hasta la libertad de contratación que asiste a las personas naturales, que como bien lo ha hecho notar la Corte Constitucional, no consultan el interés general ni el principio de la economía en la función administrativa, el cual, en modo alguno podría edificarse a expensas de la dignidad humana.

En este orden de ideas, no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas, pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a éste.

De esta manera, el contrato de prestación de servicios se desvirtúa con la demostración de la subordinación en el desarrollo del contrato. Para el efecto, basta con demostrar que el contratista fue obligado a cumplir un horario de trabajo o que no contaba con la discrecionalidad propia de una persona independiente para ejecutar su contrato. No es necesario que las funciones a cumplir por parte del contratista sean de carácter administrativo; simplemente lo que se requiere es la existencia del elemento subordinante, porque puede surgir igualmente un contrato de trabajo si la actividad se relaciona con el mantenimiento o construcción de obra pública.

Principio constitucional de que trata el Art. 53 de la Constitución Política deja sin ningún efecto aquella cláusula del contrato en la que la entidad deja constancia que por tratarse de un contrato de prestación de servicios no surge entre las partes un contrato de trabajo o no existe vínculo laboral alguno, y que el contratista sólo tendrá derecho al pago del valor establecido en el contrato.

Es obvio entender que el contrato de prestación de servicios es un contrato de adhesión, porque al particular contratista no le es permitido discutir ninguna de las cláusulas del contrato; luego entonces todas las constancias dejadas en el contrato acerca de renuncia de derechos, son propias de la administración.

Ahora bien, conviene tener plena claridad sobre las características del contrato de prestación de servicios: debe versar sobre una obligación de hacer para cumplir funciones propias de la entidad, en virtud de la experiencia o conocimientos de la persona contratada. El contratista debe tener plena autonomía e independencia desde el punto de vista técnico o científico; ello implica que debe gozar de amplio margen de discrecionalidad para cumplir el objeto contratado. Asimismo, el contrato debe ser temporal; no se pueden cumplir funciones permanentes a través de un contrato de prestación de servicios.

Por su parte, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes a los del contrato de prestación de servicios, porque requiere la existencia de la prestación personal del servicio, de una continuada subordinación y del pago de una contraprestación o remuneración a la que se le denominará salario.

En conclusión: el elemento que diferencia a un contrato de trabajo de uno de prestación de servicios es el de la subordinación; por ello, en estos

últimos, una vez demostrada la subordinación, cambia su naturaleza jurídica y aparece una relación laboral con base en los principios de orden constitucional que consagra el Art. 53.

La Administración pública ha estado sometida a librar un sinnúmero de batallas jurídicas en los tribunales, pretendiendo demostrar que los contratos de prestación de servicios están regulados por la ley 80 de 1993 y que la ley establece que entre las partes no habrá ningún tipo de relación laboral; pero la realidad ha demostrado igualmente que la figura del contrato de prestación de servicios ha sido utilizada sin restricción alguna para cumplir todo tipo de funciones de orden administrativo y de carácter permanente. Esto sucede así porque es mucho más fácil separar a un contratista que a un funcionario de carrera administrativa; luego, para efectos burocráticos, son muy apetecidos estos contratos.

Por todo lo anterior, bienvenida la acción de repetición.

BIBLIOGRAFÍA

- VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo (2000) Derecho Administrativo Laboral, Bogotá, Legis.

EL "PROBLEMA" DE FORMULAR EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Por María Ángela Tarazona Figueroa
Socióloga - Catedrática

"Únicamente la inteligencia que se interroga es capaz de aprender"
Krishnamurti

La experiencia ha demostrado, tanto en pregrado como en posgrado, que los estudiantes sienten incertidumbre al abordar una investigación que les pueda servir como trabajo de grado, es más, algunos lo hacen simplemente por cumplir un requisito para obtener el título; actividad ésta que les aporta muy poco a nivel personal y profesional, quedando la sensación sólo de haber acrecentado los estantes de una biblioteca. Al iniciar esta labor se nota desorientación con respecto a lo que se desea investigar cuestionándose sobre qué hacer, qué proponer, qué aspecto abordar, a quién recurrir; entre otras preguntas; convirtiéndose en un "problema" esta primera etapa que resulta decisiva cuando se quiere abordar un objeto de estudio. Algunos piensan que la mayor dificultad está en la tramitología metodológica y las normas ICONTEC para la presentación de trabajos de grado; pero esta situación no es más que una excusa para no pensar, planear, proyectar e ir más allá del simple aprender buscando acrecentar el acervo del conocimiento científico, proponiendo nuevas interpretaciones o aplicaciones que sean válidas y aporten cosas novedosas a su quehacer profesional.

Esta reflexión busca orientar y aclarar algunos aspectos que ayuden o den pautas para formular un problema de investigación.



Actividad realizada por la "mesa de trabajo para desplazados" Facultad de Derecho, USTA Bucaramanga - Asentamiento "La Silla"

Un inconveniente que debe enfrentar cualquier persona cuando desea iniciar una investigación es, sobre ¿qué investigar?; sabiendo que investigar significa indagar, averiguar, buscar, seguir la huella a algo o a alguien para descubrir una cosa.

El primer eslabón o punto de partida de la investigación es identificar *el problema*, originado por una necesidad no satisfecha, la optimización de un beneficio o una laguna teórica y/o práctica, en la que aparecen dificultades sin resolver; que el investigador debe detectar con su espíritu de observación de la realidad en los diferentes campos como político, jurídico, humano, administrativo, filosófico, económico, religioso, educativo, etc.

Cervo y Bervian, definen la investigación como "una actividad encaminada a la solución de problemas cuyo objetivo consiste en hallar respuestas a preguntas mediante el empleo de procesos científicos"¹. Aunque la mayoría de los autores sugiere partir del problema para iniciar la investigación, es necesario conceptualizar ¿qué es un problema?.

Según el diccionario el problema es "una duda o dificultad que se quiere resolver". "Asunto complicado o con más de una solución". "Cosa difícil de explicar." "Cuestión que se trata de resolver por medio de procedimientos científicos."

1. CERVO, A.L. y BERVIAN, P.A. Metodología científica. México: McGraw-Hill, 1992. Pág. 41.

Los problemas de investigación son hechos que surgen de la realidad y que el investigador encuentra por varias situaciones tales como: vacíos en el conocimiento, resultados contradictorios y explicaciones de un hecho.

No resulta muy difícil identificar el origen de los problemas, ya que en la cotidianidad, a toda persona se le presentan dificultades o problemas que según las particularidades o necesidades propias de cada circunstancia requieren de una solución a corto, mediano o largo plazo. Pero en el caso de un problema científico, se podría decir que existe cuando "como científicos somos conscientes de que en el conocimiento de la realidad percibimos un vacío o alguna dificultad que nos demanda una respuesta para colmarla o resolverla"².

Un investigador científico debe formular interrogantes que lo orienten para plantear hipótesis de respuestas concretas, que puedan ser probadas, explicadas o descritas en el transcurso de la investigación. Un problema científico puede surgir de fuentes diversas como: de una situación conflictiva vivida y percibida por la sociedad; de revisar la literatura especializada y del deseo de cuestionar o de negar una teoría que se ha considerado válida por algún tiempo.³

Por su parte Jacobo Pérez Escobar (1999), cita a W.A. McCall, quien expone los siguientes cinco métodos para descubrir problemas:

1. El mejor modo de hallar problemas experimentales genuinos es convertirse en un erudito en una o más especialidades tan rápidamente como sea posible.
2. Otra forma de descubrir problemas fructíferos es considerar todo obstáculo como una oportunidad para ejercer el ingenio, en vez de tomarlo como una barrera insuperable.
3. Un tercer método de descubrir problemas fructíferos consiste en leer, escuchar y trabajar reflexivamente y con sentido crítico.
4. Un cuarto método para el hallazgo de problemas es el de iniciar una investigación y estar atento a los problemas que broten de la misma.
5. Un quinto método consiste en no abandonar los ya hallados."

Cada ciencia tiene sus propios problemas que serán descubiertos sólo por los curiosos que les inquiete tanto la ciencia como la teleología de la ciencia. Para el derecho "la investigación sociojurídica levanta sus problemas en el espacio de las interrelaciones entre la juridicidad y el derecho, por una parte, y las distintas dimensiones de lo social por la otra".⁴

El abogado por naturaleza propia de su profesión es un "solucionador" de múltiples problemas jurídicos que le son consultados en razón de su especialidad o de su formación profesional en los campos civil, penal, laboral, comercial, etc; los cuales debe resolver con la interpretación de las fuentes formales del derecho.

Sin embargo, la labor del jurista investigador es ir más allá de la existencia de la norma misma para poder actuar en diferentes campos: "al proponerle al juez soluciones, al aceptar nuevas vías por medio de una interpretación evolutiva del derecho, con la asesoría de organismos públicos y privados, al imaginar para ellos nuevas posibilidades de actuación o diversas estructuras orgánicas".⁵

Lo que busca la investigación científica en el derecho es que el abogado no sea sólo un conocedor puro de la normatividad, sino que la utilice como base para indagar y con esto mejorar la aplicación de ésta en la sociedad y así transformar las estructuras sociales del país que busquen siempre una convivencia pacífica de sus miembros.

Si el investigador ha identificado el problema se dice que agotó la primera etapa (teórica) de descripción o planteamiento-investigación-solución; debe entonces hacer una adecuada formulación como etapa siguiente. Hay dos maneras de plantearla desde el punto de vista formal: una de ellas es a través de una pregunta que exprese en forma clara una variable o una relación entre variables, cuando se trata de ciencias empíricas y una relación entre conceptos en el caso de las ciencias formales. La pregunta debe generar un proceso investigativo que responda con soluciones al interrogante formulado en el problema, o con acciones teóricas y/o prácticas según sea el caso.

2. TAMAYO Y TAMAYO, Mario. El proyecto de investigación, módulo 5. Serie aprender a investigar: Bogotá: ICFES, 1995. Pág. 49.

3. *Ibid.* Pág. 50. 215-216.

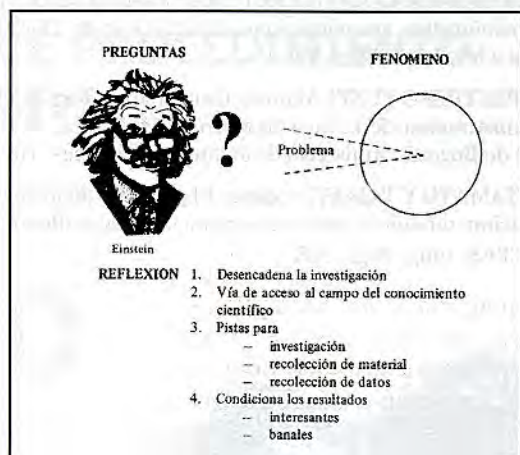
4. RESTREPO YUSTI, Manuel. Guía práctica para la administración de la investigación sociojurídica. Santa fe de Bogotá: MINISTERIO DE JUSTICIA, 1997. Pág. 18.

5. RAMÍREZ LLERENA, Elizabeth. La investigación sociojurídica, aproximaciones críticas, Bogotá: Doctrina y ley, 2001. Pág. 21.

Un ejemplo de formulación del problema en forma de pregunta es: ¿cuáles son los medios jurídicos fundamentales que contribuyen a incrementar la participación democrática en Colombia?

Desde Einstein se afirma que es más importante para la ciencia formular problemas que encontrar soluciones (ver cuadro 1).

cuadro 1. Formulación de problemas



Fuente: Tomado de "Metodología científica" de Cervo y Bervian. Página 53.

La otra manera de formular el problema es a través de una descripción, sintetizando la dificultad en un objetivo particular que refleje el mismo contenido investigativo expresado en la anterior forma, por ejemplo: identificar los medios jurídicos fundamentales que contribuyan a aumentar la participación democrática en Colombia.

El conocimiento del problema es una premisa clave para formularlo, se dice que si se investiga y se conoce bien su origen, sería mucho más fácil proponer soluciones que estén acordes con la realidad concreta de la situación observada, por cuanto éste con sus circunstancias particulares tiene en sí mismo las respuestas posibles y convenientes.

Los problemas hay que asumirlos según el contenido y el grado de complejidad que ellos expresan. Por eso en un problema social se habla de niveles, procesos, requisitos y tipos de problemas.⁶

NIVELES DEL PROBLEMA. En cuanto a los niveles se pueden distinguir :

- Nivel socio-sicológico. El cual se refiere a la psicología social de los grupos.
- Nivel institucional.. Está relacionado con estudios de las instituciones como: políticas, jurídicas, económicas, religiosas, sociales, etc.
- Nivel societal. Es el nivel más amplio y complejo que abarca a sectores muy grandes de grupos sociales e individuos.

Es importante tener en cuenta estos niveles, ya que la investigación social es muy compleja y no es fácil generalizar sus resultados.

PROCESO DE FORMULACIÓN DEL PROBLEMA. Se desarrolla en tres momentos:

- Lo primero que se enfrenta es una situación problemática o indicación muy general de la dificultad existente en determinado sector de la realidad.
- Determinar el nivel de conocimiento, es decir, es necesario informarse acerca de la temática que va a ser estudiada.
- Finalmente puede darse más de un problema, el investigador debe priorizar la solución de uno en particular, los demás serán resueltos en otra ocasión o quizá por otros investigadores.

Es bueno saber que para llegar a una adecuada formulación del problema hay un proceso que debe seguirse poco a poco para poder tener éxito en esta labor.

REQUISITOS QUE DEBEN REUNIR LOS PROBLEMAS. Para ser considerado un problema como tal debe cumplir tres exigencias fundamentales:

- Objetividad: el problema tiene que ser la expresión de un desconocimiento, cuya solución debe tener como resultado la aparición de un conocimiento nuevo, que responda a las necesidades reales de la sociedad.
- Especificidad: aquí hay que determinar el aspecto central que va a constituir el objeto de estudio y que por cuestiones particulares nos interesan de ese aspecto central.

6. IBARRA MARTÍN, Francisco y otros. Metodología de la investigación social. La Habana (Cuba): Pueblo y educación, 1990. Pág. 18-23.

- **Contrastabilidad empírica** : busca que la formulación del problema esté tan bien elaborada que permita la búsqueda de los datos necesarios para responder el problema.

TIPOS DE PROBLEMAS. Se enunciarán dos tipos de problemas: los descriptivos y los causales.

- **Descriptivos:** el centro de interés de este tipo de problemas es establecer una vinculación entre un grupo de características y propiedades y la frecuencia de éstas, respecto a un fenómeno o a un conjunto determinado de individuos.

- **Causales:** Son aquellos problemas que tienen como objetivo brindar una explicación acerca de por qué se da determinado fenómeno, objeto o propiedad. Otra cuestión importante relativa a los problemas causales es que con la solución acertada de ellos podemos establecer predicciones sobre hechos o situaciones futuras.

Si el investigador se apoya en los anteriores requisitos y tipos de problemas, puede con mayor seguridad, obtener una formulación satisfactoria, la cual con la orientación de otras personas sea comprensible y susceptible de ser investigada por procedimientos científicos.

Para concluir, se puede afirmar que para formular un problema hay que desarrollar la capacidad de preguntar, ya que favorece el conocimiento, la investigación y nutre la curiosidad. Enseñar a cuestionar es una tarea del docente, porque el enfrentar al estudiante a preguntas, lo hace pensar en cómo resolverlas, estimula la crítica, el discernimiento propio y enriquece la inteligencia. "De cierta manera asegura Pedro Demo, tenemos que producir rebeldes creativos capaces de intervenir y cambiar la sociedad.⁷

BIBLIOGRAFÍA

- BARRERO DE GONZÁLEZ, Luz Myriam y otros. Investigación: Apuntes teóricos y metodológicos para su desarrollo. Santa fe de Bogotá: UMB, 1995. Págs. 127.

- CERVO, A.L. y BERVIAN, P.A. Metodología científica. México: McGraw-Hill, 1992. Págs. 137.

- FALS BORDA, Orlando. El problema de cómo investigar la realidad para transformarla por la praxis. Santa fe de Bogotá, 1997. Págs. 119.

- IBARRA MARTÍN, Francisco y otros. Metodología de la investigación social. La Habana (Cuba): Pueblo y educación, 1990. Págs. 203.

- PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Metodología y técnica de la investigación jurídica. Santa fe de Bogotá: Temis S.A., 1999. Págs. 223.

- RAMÍREZ LLERENA, Elizabeth. La investigación sociojurídica, aproximaciones críticas, Bogotá: Doctrina y ley, 2001. Págs. 391.

- RESTREPO YUSTI, Manuel. Guía práctica para la administración de la investigación sociojurídica. Santa fe de Bogotá: Ministerio de Justicia, 1997. Págs. 118.

- TAMAYO Y TAMAYO, Mario. El proyecto de investigación, módulo 5. Serie aprender a investigar: Bogotá: ICFES, 1995. Págs. 228.



7. GUTIÉRREZ A., Débora. Pedro Demo. La tercera-universidades. Chile Red Terra, 2000. Pág. 2.

LA CONCILIACIÓN Y LA LEY 794 DE 2003 REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

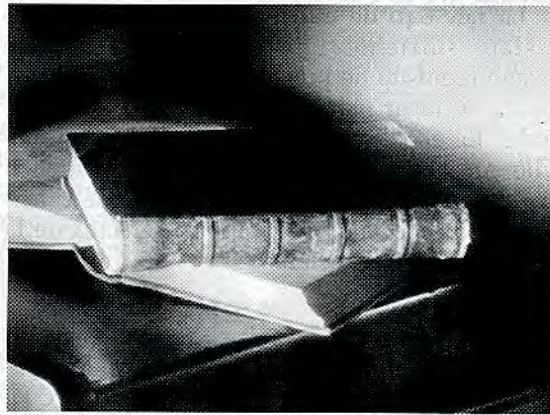
Por: *Javier Enrique Castillo Cadena*
Abogado - Catedrático

Desde hace algunos años, las principales reformas en el derecho procesal han girado en torno a la búsqueda de la descongestión judicial, con el fin de satisfacer el requerimiento constitucional de cumplida justicia. En estas reformas ha cobrado inusitado fervor la figura de la conciliación, método de auto composición de conflictos y otras instituciones de este corte alternativo: el arbitramento, regulación por expertos peritos, amigable composición, entre otras.

La sociedad no puede olvidar que un medio más eficaz para la solución de los conflictos es el de la confrontación de las partes, en torno de una persona que asume el rol de facilitadora en la búsqueda de soluciones. Desde edades antiguas su uso era cotidiano, ante los ancianos, el jefe de la tribu, o frente a quien detentara autoridad; las partes encontraban que sus divergencias se hacían manejables en la medida en que imbuidos en un ambiente de tolerancia, lograban entablar un diálogo efectivo sobre las diferencias que mantenían y muy pronto superarlas.

Por eso los MASC o métodos alternos para la solución de conflictos, cobraron especial auge y se les hizo aparecer como las superfiguras que venían a salvar nuestro lento sistema judicial de la congestión y en poco tiempo sus efectos se sentirían, especialmente en la mayor celeridad de los procesos judicializados.

En búsqueda de esa quimera, se ha dado una seguidilla de normas entre otras la Ley 23 de 1991, el decreto 2651 de 1991; el decreto 1818 de 1998



y el procedimiento civil vio aparecer en el decreto 2282 de 1989 la nueva redacción del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, y en ella la exigencia de la audiencia conciliatoria, para los procesos ordinarios y abreviados, requerimiento que fue extendido por la ley 446 de 1998 (artículo 102) a los procesos ejecutivos cuando se hubiesen propuesto excepciones de mérito.

Se señalaron términos perentorios para su realización, pero prontamente ellos fueron olvidados por la sempiterna causa de la congestión de los despachos judiciales, que conllevó al aplazamiento a largos periodos de la audiencia conciliatoria (en veces más de un año); circunstancia que en abuso fue utilizada por los litigantes para dilatar el proceso y produjo que una herramienta de descongestión judicial, se transformara en un instrumento de dilación.

Y se convirtió al Juez, por gracia de la ley, en conciliador y esta experimentación casi da al traste con la filosofía de la conciliación. La práctica no fue la mejor; el estrado judicial no era el escenario ideal para intentar la conciliación, era obligatoria, existía ausencia de medios, como salas especializadas, instrumentos idóneos y el juez no era el conciliador apto, estaba estructurado para fallar, no para conciliar.

Se manifestó que el Juez debía hacer un ejercicio mental especial durante el tiempo que asumiera el rol de conciliador; porque el conocimiento que obtuviera del caso en litigio no significaba prejuizgamiento. El juez-conciliador debía profundizar en las fórmulas de posible acuerdo que se presentarán o sugiriera (por obligación), lo que suponía un conocimiento conceptual del caso en sí mismo y pronto debía olvidar lo allí acaecido, para no perder la supuesta imparcialidad.

La Ley 640 de 2001, ante la situación que estaba sufriendo la conciliación la impone como requisito de procedibilidad y la hace tornar a su lugar natural, los centros de conciliación. En ellos encuentra la conciliación un medio adecuado, las partes en conflicto obtienen la intervención en pro de la solución de conciliadores especializados; pero los efectos de la ley están por apreciarse.

En este estado de cosas se presenta la ley 794 del 2003 que entró a regir en su parte procesal el pasado 10 de abril, norma que introduce varias reformas al Código de Procedimiento Civil como en la notificación personal, régimen de pruebas, en los procesos ejecutivos, entre otras y en especial suprime la audiencia de conciliación en los procesos ejecutivos.

El artículo 69 de la ley citada deroga expresamente el artículo 102 de la Ley 446 de 1998, norma que introdujo la audiencia de conciliación judicial en los procesos ejecutivos con excepciones de fondo, pero a su vez el inciso final del artículo 13 de la ley que reforma el artículo 110 del Código de Procedimiento Civil, manifiesta al hablar de la concentración y suspensión de las audiencias y diligencias que:

“En todos los procesos, las audiencias para la práctica de pruebas y diligencias que se realicen ante el juez de conocimiento podrán convertirse en oportunidad para conciliación si las partes lo solicitan de común acuerdo”

Porqué de un tajo el legislador suprime la conciliación en un caso concreto? La respuesta deviene del espíritu de la reforma y de la práctica forense. La praxis venía indicando que la audiencia de conciliación en los procesos ejecutivos se había salido de contexto, al ser utilizada alegremente por los deudores para obtener dilaciones del proceso, aprovechando la congestión judicial para evacuar rápidamente la audiencia.

Y de allí que la efectividad del encuentro de las partes era mínimo en beneficio de la conciliación y de la descongestión. Pero no era que el esfuerzo conciliatorio fuese inane por sí mismo, sino que las partes no estaban interesadas en ella, sólo querían el beneficio residual de las excepciones de fondo: la demora para el decreto de pruebas, vía fijación de fecha para la audiencia de conciliación.

Por eso se establece en la ley 794 que en adelante, toda audiencia para recabar pruebas pueda incluir, si las partes de consuno lo acuerdan, el intento de lograr acuerdos conciliatorios para dar por terminado el proceso; rescatándose la



voluntad de las partes, presupuesto indispensable para el acuerdo en conciliación, que había pospuesto la ley.

La reforma en este punto, garantiza beneficios en tiempo real para la efectividad de los derechos comprometidos en el proceso, y un decantamiento de la voluntad conciliatoria, que se impondrá cuando las partes, rescatando el espíritu de la conciliación, la intentan en las nuevas oportunidades procesales, a lo que deberá estar atento el juez para brindar la debida posibilidad de acercamiento y de ambiente propicio para un arreglo amistoso.

La Ley 794 en dos nuevas oportunidades se refiere a la conciliación. La primera en la nueva redacción del artículo 335 del Código de Procedimiento Civil al hablar de la ejecución de las providencias judiciales. En este artículo el legislador agrega entre otros el siguiente aparte, en su inciso final:

“Lo previsto en este artículo se aplicará para obtener, ante el mismo juez de conocimiento, el cumplimiento forzado de obligaciones reconocidas mediante conciliación o transacción aprobadas en procesos declarativos finalizados por alguna de las dos circunstancias anteriores.”

La norma reformada busca reconocer los efectos de la conciliación en proceso declarativo, realizada ante el aparato jurisdiccional, que por aplicación judicial se exigía efectuar en proceso separado. Ahora bastará que la parte interesada en obtener el cumplimiento del acuerdo conciliatorio, presente ante el juez del conocimiento (quien tramitó la audiencia) solicitud en los términos del artículo 335 ibid, para obtener el mandamiento de pago respectivo y que se adelante la ejecución en los términos previstos.

La última cita sobre conciliación que efectúa la ley 794 se da en el artículo 44 que reforma el 424 del Código de Procedimiento Civil, al imponer expresamente que el demandante no está obligado a tramitar la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho que exigía la ley 640 de 2001 como requisito de procedibilidad. En este punto es claro el amparo que busca brindar la ley a los derechos del arrendador y hacer más expedita la concurrencia al aparato jurisdiccional, lo que de hecho se venía produciendo al exigir el demandante, en su escrito introductorio, el embargo y secuestro de los bienes del arrendatario, petición que hacía innecesaria igualmente el trámite del prerrequisito.

El derogado artículo 102 de la Ley 446 que la impuso como obligatoria en los procesos ejecutivos, desnaturalizaba la conciliación, por cuanto el proceso ejecutivo parte de la existencia de obligaciones claras, expresas y exigibles, siendo el tema de la conciliación bastante reducido (quitas, plazos, abonos o pagos parciales, entre otros) y se convirtió por la inercia judicial en el trofeo del excepcionante al lograr la dilación del trámite procesal.

Ahora al dejarse atrás la audiencia obligatoria en el proceso ejecutivo, todo espacio probatorio podrá utilizarse, si es disposición de las partes, para la gestión conciliatoria, regresando ella a la esfera de la voluntad de las partes y no a la simple imposición de la ley.

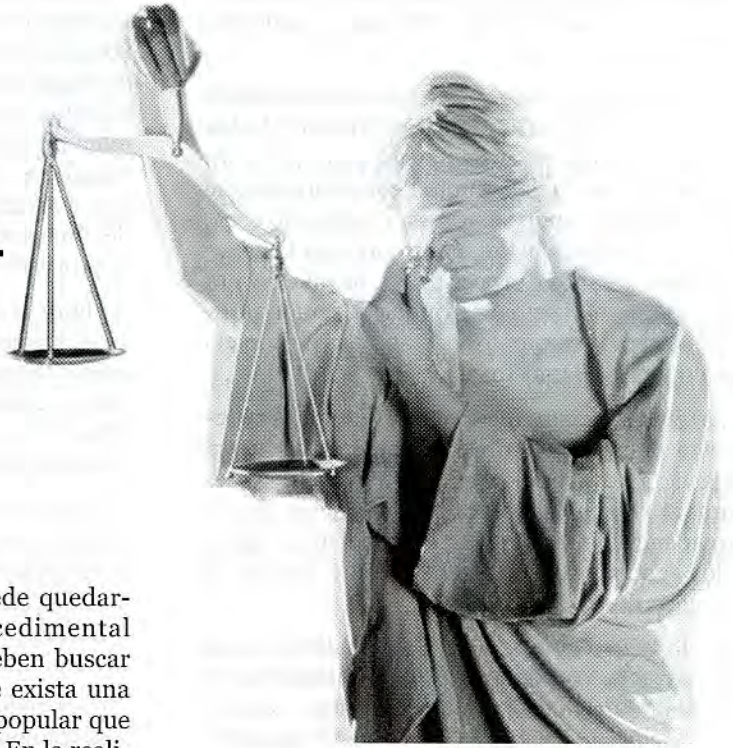
Contrario a lo que se ha venido afirmando, la conciliación no ha sufrido menoscabo en la reciente reforma al procedimiento civil, aun cuando no se puede manifestar que salió robustecida fue depurada, al eliminarse elementos que la distorsionaban.

La conciliación tiene su natural dinámica y está generando sus propios resultados que se evidencian en los acuerdos que en torno de la mesa de conciliación se logran y en un grado importante de descongestión judicial; la reciente reforma contribuye a reconocerle su espacio, su importancia, como lo que es un método alternativo para la solución de conflictos, no el único.

BIBLIOGRAFÍA

- Lopez Blanco, Hernan Fabio (2003) la ley 794 de 2003, Reforma al Código de Procedimiento Civil, Dupré Editores.
- Universidad Externado de Colombia, Revista de Derecho Privado, separata Reforma del Código de Procedimiento Civil (2003).

DEL SISTEMA ACUSATORIO Y EL JURADO DE CONCIENCIA



Por: Jerónimo Sarmiento Acelas
Abogado - Catedrático

Ciertamente Colombia no puede quedarse atrás en el área procedimental penal, por consiguiente se deben buscar unos mecanismos eficaces para que exista una pronta justicia y erradicar el adagio popular que reza: “la justicia es lenta pero llega”. En la realidad lo que sucede es todo lo contrario, ya que cuando la justicia lenta llega, ya ésta no es eficaz y muchas veces se convierte en una injusticia.

En nuestro país nos acostumbramos a ver los Despachos judiciales atiborrados de procesos penales y cuando un funcionario ad-ports de la prescripción de una acción penal, decide ventilar una actuación para poner en movimiento de nuevo la labor punitiva del Estado, en razón a que la misma ha estado paralizada por mucho tiempo, lo que hace al final es aplicarle una pena a quien ya no la necesita.

Siempre recordamos aquel proceso adelantado por el Juzgado Sexto Penal del Circuito, para la época del Decreto 409 de 1971, cuando se adelantaba una investigación y al cerrarse la misma, si existía duda sobre la responsabilidad o sobre si el procesado había o no cometido tal comportamiento desviado, permitía al funcionario el proferimiento de un sobreseimiento temporal, reabriendo la investigación por un lapso de seis meses y posteriormente si se cerraba la misma y persistía tal situación procesal, se permitía igualmente el pronunciamiento de un segundo sobreseimiento temporal, surgiendo así investigaciones interminables en el tiempo¹, donde cier-

ta persona que estaba vinculada a un proceso por violación carnal, al cabo de una investigación que duró más de tres años, se le sobresee por primera vez, luego transcurren otros tres y se sobresee por segunda vez, siendo impugnada esta decisión, la cual fue en apelación y habiendo durado esta etapa cerca de otros dos años, regresa la actuación revocando la decisión del ad-quo, y en su defecto llamándolo a juicio criminal, negándole de contera el beneficio de la libertad provisional. Para éste último instante el procesado fue citado al Juzgado para que se notificara de tal decisión y habiendo acudido de manera pronta, es inmediatamente trasladado a la Cárcel Modelo, lugar aquel donde decidió a los pocos días suicidarse. Verificándose posteriormente que dicho individuo quien cerca de ocho atrás fue etiquetado como violador, luego de tal suceso, se había casado, y había procreado varios hijos, llevando en este instante una vida ejemplar habiendo montado una empresa lícita prometedora, y que por consiguiente para ese momento no requería ese tratamiento penitenciario que se le iba a dar, valga la pena decirlo que para ese entonces no existían instituciones como la detención domiciliaria ni la prisión domiciliaria.

¹ Artículo 488 a 493 del Decreto 409 de 1971.

I. Evolución y procedimiento

Precisamente, para evitar estas y otras falencias de la justicia, se acabó con el famoso sobreseimiento temporal que se hallaba expresamente regulado por el entonces artículo 480 del Decreto 409 de 1971, el cual preceptuaba que entre las formas de calificación del proceso estaba la del auto de proceder y el sobreseimiento, al turno que el artículo 488 del mismo decreto refería que se hallaban dos clases de sobreseimiento: el definitivo y el temporal, y entre las causales para sobreseer temporalmente en el artículo 489 regularizaba su procedencia cuando "No aparezca plenamente probado el cuerpo del delito, y cuando no exista contra el procesado la prueba suficiente para llamarlo a juicio", esto es en otras palabras cuando existía duda sobre su responsabilidad; y se ha permitido ahora, que el principio del *in dubio pro reo*, sea otorgado inclusive cuando se va a calificar el mérito sumarial, como claramente se deduce de lo referido por el artículo 395 del Código de Procedimiento Penal que nos rige, al regular como únicas formas de calificación del sumario con el proferimiento de resolución de acusación o resolución de preclusión de la instrucción; norma anterior que se debe mirar en concomitancia con el artículo 399 ibidem, donde expresamente se refiere que "En caso de que el cierre de la investigación se haya producido por vencimiento del término de instrucción o por la imposibilidad de recaudar o practicar pruebas, la duda se resolverá a favor del procesado". Regulación ésta que igualmente traía la normación procesal penal que antecedió como lo es el Decreto 2700 de 1991 en su artículo 439, modificado por el artículo 58 de la ley 81 de 1993, y el artículo 443 del decreto en mención.

Pero tuvieron que pasar muchos años, para que el país tomara conciencia de la conveniencia de cambiar el sistema inquisitorial de investigación, donde existían jueces que investigaban, calificaban, realizaban la audiencia pública y a su vez eran los encargados de proferir la sentencia que ponía punto final a una actuación.

Y dentro de ese largo camino tuvimos que presenciar aquellos juicios con jurados de conciencia que adelantaban los entonces llamados

Juzgados Superiores y conocer todos aquellos inconvenientes que se suscitaban cuando un jurado de legos decidía al final la responsabilidad de quien había infringido la ley penal, decisiones aquéllas que casi siempre se tornaban cuando no contradictorias, contraevidentes, apenas normal si en cuenta se tiene que al no ser personas versadas en las áreas penales, mal podía exigírseles el proferimiento de decisiones técnicas.

Al respecto valga la pena traer a referencia alguna de las tantas decisiones de la Corte sobre este aspecto:

"Un veredicto es notoriamente injusto cuando repugna a la evidencia, y ésta, en lo judicial, no es sino la completa demostración de un hecho, aserto de donde se desprende otro: que la injusticia notoria de cualquier veredicto descansa en la razón de que

s e

opone a esa plena prueba. Si la ausencia de pruebas de un convenio para matar o no es prueba plena de la inexistencia de la cooperación, por lo cual no se opondría a lo evidente el veredicto que afirma esa cooperación a fortiori, ¿cómo va a pecar de notoria injusticia un veredicto que se cimenta en algún acopio de comprobaciones aunque a éstas les quepa el reparo de ser incompletas antes las reglas legales que ciertamente no son la norma para adquirir el jurado su convicción?. Si para abrir causa y condenar se echa mano de prueba incompleta o deficiente de la responsabilidad, en los juicios por jurado, la falta no puede ser corregida con el remedio del veredicto contrario a la evidencia, precisamente porque cualquiera demostración, así sea la más indirecta y la más mínima, es apta o capaz de servirle al jurado como firme sustentáculo de la decisión". (sent., 21 julio de 1943, LV,671).

Pero, es preciso decir que la institución del jurado de conciencia no fue una figura nueva a partir del Decreto 409 de 1971 en nuestro país, decreto éste que fue expedido por el Presidente de la República, en vigencia de la Constitución anterior cuando se aceptaba y predicaba lo que se llama la ejecutivización de la justicia, como quiera que se había vuelto costumbre inveterada el de otorgar al Presidente de la República facultades extraordinarias para expedir códigos, razón por la que se nombraba una comisión de juristas prestantes para la modificación de las normas existentes y al final cuando ya estaba a punto de vencerse el lapso, expedían dichas normas sin contar con una verdadera política criminal ni la voluntad popular; remedio que se le puso a la ejecutivización de la justicia con la expedición de la Constitución de 1991, donde el artículo 150 numeral 10², quedó expresamente prohibido el delegar al Presidente para que expida códigos y leyes Estatutarias; Pero tal pareciera que esas experiencias pasadas nada contarán a la hora de ahora, ya que por el Gobierno se busca nuevamente concederle al ejecutivo tales facultades², pareciera que estuviera reconociendo nuevamente la incapacidad del legislador para adentrarse a su labor que les compete.

Esta institución del Jurado, en Colombia se estableció durante la administración del General JOSÉ HILARIO LÓPEZ, autorizando a la cámara provisional de Panamá para instituir el jurado, como lo decía el artículo 3 de la ley del 11 de junio de 1850. En 1851 se generalizó en todo el país para los delitos de homicidio, robo y hurto de mayor cuantía, por la vigencia de la ley 4 de 1851, jurado que estaba integrado por medio de cinco jueces. Institución ésta que fue evolucionando hasta llegar al año de 1971, precisamente cuando al expedirse el Decreto 409 en mención, claramente en su artículo 520 disponía que el jurado se compondrá de tres jueces de hecho designados por el juez que preside el juicio público.

Los encargados de decidir que personas conformaban la lista, que debía estar integrada por 150 personas para cada Juzgado, lo era para ese entonces el Tribunal Superior de Distrito Judicial en Sala plena, lista que debía conformarse el primero de diciembre de cada año, sin que en ellas pudieran incluirse nombres repetidos.

Obsérvese que para ese entonces (1971), la institución del jurado de conciencia, se instituyó única y exclusivamente para los delitos contra la existencia y seguridad del Estado, traición a la patria; delitos que comprometan la paz, la seguridad exterior o la dignidad de la nación; de piratería; contra el régimen constitucional y contra la seguridad del Estado, entre los cuales estaba la rebelión, la sedición y la asonada, así como también para el delito de homicidio³.

Lo anterior, sin contar con las dificultades de diversa índole que se presentaban para elegir las personas que irían a integrar esos jurados de conciencia, y más aun ante las inconveniencias que se suscitaban para hacerlos concurrir a los juicios públicos, ya que casi siempre se inventaban artimañas y se valían de las miles excusas para no asistir a tales debates. Teniendo que para ellos los Jueces Superiores hacerles un especial seguimiento, al punto que cuando aducían que se hallaban enfermos y aportaban como verificación de tal aserto una certificación médica. Se optó por alguna acuciosa profesional del derecho quien luego ocupara la magistratura en esta ciudad, la de acudir con el legista a la residencia del galeno para verificar la veracidad de lo aducido, comprobando que realmente estaba mintiendo y que en el mismo, el sentido de colaboración con la justicia no existía, sino que sólo lo motivaba el atender a sus clientes, en aquellas épocas en que dicha profesión era la más rentable.

Pero luego ante el fracaso de los jurados de conciencia, alcanzó a surgir como consecuencia de la presión que ejercían los abogados litigantes en el área penal, el famoso jurado de derecho. Institución ésta que gracias a la vía de escape que se le encontró al notar que vulneraba la Carta Fundamental como quiera que en la misma no existían facultades para delegar la aplicación de la justicia a los particulares, se le aplicó la excepción de inconstitucionalidad y volvimos nuevamente al sistema que actualmente nos acompaña.

Actualmente se quiere que nuestro país no se quede atrás en los adelantos que a nivel procesal tienen otras naciones como Puerto Rico, y en especial Alemania, Estados Unidos y por qué no decirlo España⁴; razón por la que se predica que debe nuevamente orientarse hacia el jui-

² Acto legislativo 03/02 artículo 4 transitorio.

³ Artículo 34 del Código de Procedimiento Penal de 1971.

⁴ ZAFFARONI, E,R, , El proceso Penal 2000, Editorial Porrúa, México.

cio oral y hacia un sistema netamente acusatorio, en contraposición con el actual que es de carácter mixto.

No es que no estemos de acuerdo con las modificaciones que actualmente se proponen ni quedarnos viviendo con las críticas del pasado para no aceptar los cambios que efectivamente requiere nuestro sistema penal, pero, lo que sí debemos revisar, es en el asunto relacionado con la creación de los jurados de conciencia.

II. Análisis comparativo

Efectivamente en los Estados Unidos existe un jurado de esta índole, pero se está ante un país desarrollado que cuenta con los medios eficaces. En Colombia, previendo esta circunstancia e incurriéndose en un error de técnica legislativa, porque no era necesario modificar la Constitución Nacional, en el Acto Legislativo No. 3 del 2002, parágrafo transitorio del artículo 5, se plasmó:

“Para que el nuevo sistema previsto en este Acto Legislativo pueda aplicarse en el respectivo distrito judicial, deberán estar garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial la de la Defensoría Pública. Para estos efectos, la comisión de seguimiento de la reforma creada por el artículo 4 transitorio, velará por su cumplimiento”.

En éste país Norteamericano, no obstante que el procedimiento penal del Estado y del Gobierno Federal, poseen algunas diferencias, existen en la ley de práctica penal ciertos principios básicos, que se aplican por igual a las investigaciones y procedimientos de casos penales en el Gobierno Federal y en los Estados.

Uno de ellos consiste en que en todos los Estados Unidos, los procesamientos penales son de responsabilidad de la rama ejecutiva del Gobierno. Allí los investigadores y agentes de policía, así como los fiscales son miembros del ejecutivo.

En los Estados Unidos no existe el concepto del Juez investigador, por ello la labor del Juez en la investigación es limitada ya que durante la instrucción criminal ciertas actuaciones sólo pueden hacerse con la autorización de un juez. Sólo un Juez puede emitir una orden de allanamiento para obtener pruebas de un delito, así como también el ordenar las interceptaciones

telefónicas, o forzar el cumplimiento de una citación para declarar o para que provea determinado documento que pueda servir de prueba, así como el de obtener el arresto de una persona inculpada. Similar procedimiento se sigue en la legislación de Alemania⁵.

El acto legislativo número 3 del 2002 que modifica nuestra Carta Fundamental, al igual que otras legislaciones prevé la creación del Juez de control de garantías, y excepcionalmente le otorga facultades al fiscal en el numeral 1 y 2 del artículo 2 para realizar capturas, adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. Este modelo de intervención excepcional lo trae igualmente la legislación Alemana cuando otorga poder a la Fiscalía para ordenar detenciones provisionales, secuestros, requisas, establecer puestos de control, asegurar cosas, determinar identidades y realizar otras medidas de averiguación, sólo en casos de peligro en la demora por parte del Juez de Control de legalidad, en cuya hipótesis debe el fiscal legalizar tal medida posteriormente ante el funcionario con atribuciones jurisdiccionales. De igual manera, por la Constitución estadounidense, se tiene que ciertos aspectos de procedimiento deber ser observados por los diversos Estados como por el Gobierno Federal. Así, un delito grave del cual es acusada determinada persona, tiene derecho a que lo juzgue un jurado y que lo represente un abogado. Durante el juicio el acusado tiene el derecho de interrogar a los testigos en su contra, derecho éste que se llama de careo o confrontación. Igualmente nadie está obligado a declarar contra sí mismo⁶; se ordena por ley que no habrá detención, a no ser que exista prueba para establecer “un motivo fundado” o causa probable.

EL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA

Todos los Fiscales federales son parte del Departamento de Justicia de los Estados Unidos; los agentes Buró Federal de investigaciones (F.B.I.), y la agencia Anti – narcóticos (DEA), los Alguaciles y los investigadores del servicio de inmigración y naturalización, son empleados del Departamento de Justicia.

El Departamento de Justicia está dirigido por el Procurador General, los Fiscales Federales y los oficiales investigadores del Departamento de Justicia están sujetos a la supervisión del Procurador General.

⁵ ROXIN, Claus, Derecho procesal penal 2000, Editores del Puerto, Pág.52.

⁶ Privilegio de no auto- inculpada.

En Washington, el Procurador General tiene varios auxiliares, que también son escogidos por el Presidente de los Estados Unidos. Cada Fiscal de los Estados Unidos es designado por el Presidente con el consentimiento del Senado y responde al Procurador General, hay 94 Cortes de Distrito en los Estados Unidos y por ende hay 94 Fiscales de los Estados Unidos. Existen igualmente Fiscales Auxiliares del poder judicial.

Si nos remitimos a la Legislación Cubana, que aplica un régimen antagónico de gobierno, allí igualmente para juzgar determinadas conductas delictivas se encuentra integrado un jurado mixto integrado por personas legas nombradas por la asamblea del pueblo y por un profesional del derecho.

Si pasamos a Alemania, allí encontramos que los procesos por delitos perseguidos por acusación privada y otros como son aquellos en los que no se espera una pena privativa de la libertad superior a dos años, que adelanta el Juez Penal, están excluidos del juicio ante jurados. En cambio los que conoce el Tribunal de Escabinos, está integrado por uno o dos jueces profesionales en el área del derecho y dos jueces honorarios (Escabinos). Situación similar que se predica en la conformación del Tribunal Superior Estadual, donde la Pequeña Cámara Penal, la integra un Juez profesional (excepcionalmente dos) y dos jueces honorarios (Escabinos) y la Gran Cámara Penal, la integran dos jueces profesionales y excepcionalmente tres) y dos jueces honorarios (Escabinos). Pero adviértase cómo en los casos que revisten mayor atención estatal, ya sea porque causan mayor daño social y reacción social institucional, así como por la clase de personas investigadas, allí se hecha de menos en la conformación de tal jurado la presencia de jueces Escabinos u honorarios, puesto que el Tribunal Superior Estadual, que a su vez se divide en Sala Penal para casaciones y quejas y Sala Penal de Primera instancia, está conformada por tres jueces profesionales y 5 o 3 jueces profesionales, respectivamente. A la vez que el Tribunal Supremo Federal, en cuanto hace referencia a su sala penal la encargada de los recursos de casación contra las sentencias de los tribunales de jurados y de las grandes cámaras penales, cuando actúan en primera instancia, en tanto no se trate de un supuesto de competencia de los Tribunales Superiores Estaduales, está integrado por cinco profesionales

Pareciera que la constante en las diversas legislaciones, en cuanto hace a la conformación de los juicios con jurados, es la de asignarle competencia para que mediante éste procedimiento, se adelanten los casos más graves, que generan mayor reacción social, dejando a un lado muchas conductas delictivas que se deben adelantar por procedimientos sin jurado de conciencia.



En Colombia, consideramos que realmente si se quiere evitar que a cada instante se estén presentando decisiones contradictorias o contrarias a la evidencia procesal, que al igual que existe en Cuba, España⁷ y en Alemania, entre otros países, se debe integrar dicho jurado de conciencia de manera mixta, con personas totalmente ajenas a las lides del derecho y con profesionales expertos en tal materia, quienes podrán orientar a los demás integrantes del jurado sobre los aspectos legales y técnicos de la decisión que en últimas se tome respecto a la responsabilidad o no de una persona vinculada al proceso.

Pero también debemos predicar que en aquellas conductas desviadas que causan menor reacción social y poca lesividad, como en los llamados por la legislación Alemana, delitos de persecución privada, y para nosotros entre otros los querellables, el procedimiento sea verbal y sumario a efectos de evitar que los funcionarios judiciales ocupen mayor tiempo en su trámite en detrimento de las verdaderas acciones criminosas que realmente merecen una respuesta positiva del Estado por el daño que causan, para que así efectivamente se dé uno de los fines de la pena cual es la prevención general, en la medida en que la ciudadanía observe que efectivamente se ha dado una respuesta efectiva del Estado contra la grave criminalidad que atenta nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, Teresa (2003), Principio acusatorio y derecho penal, Barcelona, J:M: Box Editor.
- Consejo Superior de la Judicatura (2002), Taller experimental, Técnicas del Juicio oral.
- ORTEGA TORRES, Jorge (1977), Código Penal y de Procedimiento Penal, Bogota, Editorial Temis.
- ROXIN, Claus (2000), Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Editores del Puerto
- SARRIÁ, Eustorgio (1993), Constitución Política de Colombia, Bogota, Colección Foro, Gama Impresores.
- TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO, Bucaramanga, Relatoría: Acto legislativo 03/02, Reforma a la Constitución Nacional.

⁷ LOTJ. Ley Orgánica del Tribunal del jurado, constituido por jueces legos presididos por un magistrado

ESPECIALIZACIÓN EN
Derecho
Penal

UNIVERSIDAD
SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
BUCARAMANGA

www.ustabuca.edu.co
E - MAIL: posderecho@ustabuca.edu.co
Campus de Floridablanca
Teléfonos: (097) 6712677 - 6800801 Ext. 2470 - 2473
Bucaramanga - Santander - Colombia

LA ESTAFA: ¿LUCHA DE ASTUCIAS O DELITO?

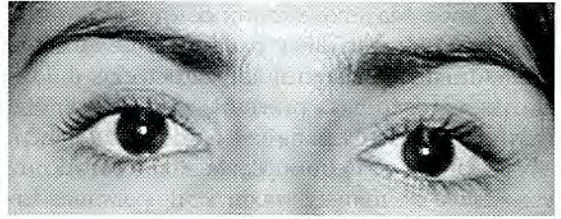
Por Dilmar Ortiz Joya
Abogado - Catedrático

*“Verba volant, scripta manent”
 (“Las palabras vuelan, los escritos
 permanecen”)*

Son las dos de la tarde en cualquier pueblo o ciudad de Colombia, la situación económica del país no cambia, por el contrario, cada día la consecución de un empleo digno disminuye, la necesidad de saciar el hambre y las necesidades de la prole aumentan considerablemente.

De forma repentina, aparece un hombre sencillo sobre el asfalto, quien sin mayor esfuerzo, extiende a lo largo y ancho de unos metros de la vía una manta en donde con sumo cuidado despliega toda una gama de elementos de porcelana en los que se cuentan unos platos, vasos y jarrones. Comienza el espectáculo!!: Se oye un grito anunciando la venta de estos elementos a sumas tan bajas que el más desprevenido transeúnte se inquieta y detiene su marcha frente a la improvisada tienda. Transcurren unos minutos y el vendedor se dedica a demostrar a la muchedumbre que lo encierra, ávida del espectáculo, la escena teatral y mágica que comienza a realizar, la cual consiste en golpear los platos, vasos y jarrones de “porcelana” contra una mesa que tiene a su lado. El ruido del golpe se oye fuerte. La gente observa horrorizada como ese plato de “porcelana” se estrella sin más remedio producto de la fuerza que ejerce su vendedor contra la mesa.

Pero la sorpresa es aún mayor, cuando el plato que minutos antes corría la inevitable suerte de ser convertido simple y llanamente en fragmentos de vidrio, aparece a la luz de todos como si nada hubiese pasado, es decir, se comprueba la teoría del vendedor de ser los únicos platos de “porcelana” irrompibles que existen. Co-



mienza el vendedor a desplegar toda su potencialidad de venta; coloca en las manos de los incautos y potenciales compradores, anonadados con el espectáculo, los platos, vasos y jarrones con el fin de que comprueben que efectivamente son de porcelana y que por más trato cruel que se le den, éstos jamás serían destruibles.

De igual manera garantiza la durabilidad por término indefinido y lo más importante, su precio. Sí, su precio el cual es inferior a cualesquiera otras vajillas vendidas en los más prestigiosos almacenes del pueblo. Los potenciales compradores comienzan a ser llevados a otorgar su consentimiento (“Emptio consensu peragitur”), su voluntad aparece doblegada ante la irresistible de adquirir los elementos de “porcelana irrompible” e invertir el poco dinero que tenían en esos momentos en sus bolsillos con el objeto de hacer un regalo a un ser querido o simplemente obtenerlos para su uso y goce. El vendedor y comprador se ponen de acuerdo en el precio, en la cosa; su capacidad aflora nítidamente, ambos son personas que la ley ha considerado plenamente capaces para que su declaración de voluntad produzca los efectos jurídicos esperados; el consentimiento es evocado sin ningún temor, el objeto del negocio jurídico es lo que la ley no ha prohibido y la causa que envuelve la intencionalidad de los contratantes es ajustada a derecho. El negocio jurídico de compraventa ha nacido a la vida jurídica, y se ha perfeccionado por la consensualidad que reviste los negocios sobre bienes muebles, adquiriéndose el dominio a través del modo estipulado en la legislación civil de la tradición, que para el caso, es la entrega que realiza el vendedor de los platos, vasos y jarrones de “porcelana irrompible” recibiendo su pago, y para el comprador el recibir los bienes que ha considerado como la mejor compra de su vida.

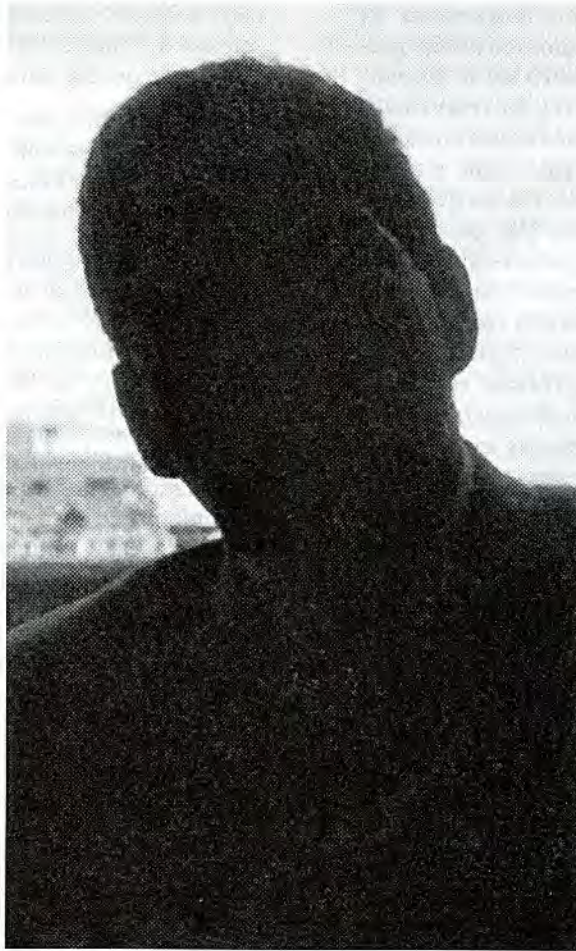
Después de un largo trayecto de caminata por parte del comprador desde el lugar en donde adquirió la vajilla irrompible hasta su lugar de residencia, comienza a despertar de ese sueño que le produjeron todas las maquinaciones que desplegó ese vendedor apostado en la calzada y

comienzan a aflorar las dudas sobre lo que lo indujo a tomar la decisión de realizar la compraventa: La calidad de la vajilla IRROMPIBLE. Sus dudas se despejan cuando en su casa y después de entregar los objetos comprados a su progenitora como "el mejor regalo" jamás dado, realiza la demostración que observó minutos antes en la vía pública por el vendedor, es decir, decide tirar la vajilla con el fin que por injerencia de la gravedad, fuese a parar de manera irremediable al piso. La sorpresa de su madre y la de él es grande. Se oye un ruido ensordecedor que demuestra que su vajilla de "porcelana irrompible" yace en mil pedazos en el suelo. La expresión en sus ojos es clara y la pregunta que salta a la vista es: FUI ENGAÑADO... FUI ESTAFADO!!. Qué hacer?: Demando civilmente al vendedor o lo denuncio por estafa. Interrogantes que han sido de difícil respuesta y la doctrina civil y penal no han sido pacíficas en absolverlos. Veamos:

La legislación penal Colombiana ha instituido una serie de conductas que atentan contra el patrimonio económico de los asociados, entre los que encontramos como delito la figura cuyo nomen dado por el legislador ha sido la ESTAFA; tipo penal compuesto por ingredientes normativos y subjetivos, los cuales se analizan de la siguiente manera:

El artículo 246 del actual Código Penal (ley 599 de 2000) reza:

"Estafa. El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o man-



teniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...)"

Primero observemos un ingrediente normativo como lo es el término ERROR: El error es un juicio equivocado, es distorsión del conocimiento de las cosas. La ley exige que la persona sea engañada como producto de las maniobras fraudulentas utilizadas, que el actor haya empleado el artificio o engaño como un hecho convincente, verdadero, real a sus sentidos, razón por la cual lo aceptó. La labor del

sujeto activo consiste en convencer a su víctima para que ésta responda positivamente a su accionar artimañoso.

Es requisito esencial que el agente sepa, se dé cuenta, tenga conocimiento que las medidas utilizadas sean artificios o engaños y los emplea para estafar y obtener de ellos un provecho para sí o un tercero. El agente activo obra, entonces, con astucia e inteligencia para hacer aparecer como verdad un hecho, pero su intención no es conservarla sino desfigurarla. La estafa constituye todo un proceso de manifestación tendiente a embaucar, a manipular a la víctima.

En este orden de ideas, la jurisprudencia Nacional ha dicho :

"Remitiendo el tema a la existencia de uno de los elementos externos del delito de estafa el empleo de medios

engañosos idóneos para generar el error en la víctima pues cuando menos se admite que medió en el acusado un acrecentamiento patrimonial y frente a él un empobrecimiento correlativo para el denunciante causado por su equivocado entendimiento sobre la naturaleza del contrato, conviene ante todo precisar que el tema ni permite juicios tan ligeros, ni se resuelve por medio de afirmaciones generales, pues lejos de excluir el artículo 356 (léase artículo 246 del nuevo código Penal) del Código Penal los contratos como medios de artificio o de engaño que utilizados por el timador como simple apariencia de obligarse puedan generar error esencial en el ofendido, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten la posibilidad de su empleo como parte de los medios defraudatorios, destacando justamente en aquellos la sutileza del ardid y su no infrecuente uso, al punto de sostener que pasan al campo penal la mentira o el silencio cuando recaen sobre elementos fundamentales del contrato, por ejemplo, la existencia de una contraprestación, porque ésta es la causa misma del acto o contrato según el derecho civil..."⁽¹⁾

Ahora bien, en el nuevo código penal ley 599 de 2000 se continúa exigiendo, los tres elementos: el provecho ilícito, el perjuicio ajeno y el engaño fraudulento, "induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños". Se aumentó el mínimo y se redujo el máximo. Pero además se le incluyó la multa. En el inciso tercero se restableció como delito, pero esta vez como atenuación, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que había sido convertido en contravención por la ley 23 de 1991.

Pero bueno, hemos hablado del ERROR, pero qué es LA ESTAFA?. Se define en el idioma castellano como el hecho de pedir o sacar dinero o cosas de valor con artificios o engaños y con ánimo de no pagar; y en lo forense, cometer alguno de los delitos que se caracterizan por el lucro como fin y el engaño o abuso de confianza como medio. Al hablar el Código de error en la víctima,

éste debe ser bastante a inducir el consentimiento del dueño de la cosa o el valor que del mismo se quiere obtener.

En la definición que de estafa nos da ZANARDELLI en cita de CABANELLAS encontramos reunidos todos los elementos de esta figura delictiva. Dice así:

"Hay estafa cuando la cosa que se quiera usurpar en beneficio propio, o de un tercero, se ha obtenido con la voluntad del dueño, mediante artificios o manejos que engañaron a éste, que sorprendieron su buena fe, que viciaron, en suma, su consentimiento".⁽²⁾

Este autor encuentra elementos comunes entre la estafa, el robo y el hurto. Ellos son: a) apoderamiento de cosa ajena b) se trata de un bien mueble; y c) el ánimo de lucro en la apropiación indebida. Se diferencian a su turno: en el robo, hoy hurto calificado, por la utilización de la fuerza bruta; y aún por el ataque violento a la voluntad manifiesta del dueño contra el hecho de que se le pretende hacer víctima; en el hurto se aprovecha la falta de vigilancia o de presencia de la víctima, lo que implica la utilización de la maña; y en la estafa al uso de LA ASTUCIA DEL AGENTE, contribuye la víctima con su grado de ingenuidad, de su falsa creencia, de su facilidad para ser inducido en el error que, en última instancia contribuye a la consumación del ilícito. Y agrega:

"En esta figura delictiva se comprueba la existencia de los tres elementos requeridos para la estafa en el concepto de MERKEL: el perjuicio patrimonial intentado o conseguido; el ánimo de lucro y el engaño fraudulento. Al perjuicio patrimonial no obsta la restitución, devolución, indemnización o reintegro luego de consumada la estafa; ni sirve para eximirse de la pena la avenencia ulterior entre el delincuente y la víctima. El engaño, objetivamente, ha de ser bastante para mover la voluntad del estafado; y subjetivamente, ha de ser eficaz para inducir a error a una persona normal, de edad adulta y de sano juicio".⁽³⁾

Ahora bien, en este orden de ideas podemos decir que la estafa como manifestación delictiva es una de las formas universales de obtención de bienes ajenos. La mentalidad humana ensaya, practica, crea cada día nuevas formas de defraudar los intereses en especial el patrimonio económico del prójimo con las más diversas argucias. De ahí la inusitada frecuencia con que se manifiesta en la vida de relación humana. Quién

de nosotros no ha comprado un artículo, en lo que se ha denominado negocio informal, en alguna calle de Colombia?

CARMIGNANI habla con mucha propiedad de la utilización por el agente de la *simulación* o el *disimulo*. Suministra como ejemplos clásicos del *estelionato* (así denominada la estafa por los romanos), los siguientes que corresponden a otras tantas citas del *Digesto*:

a) Empeñar a una persona alguna cosa ya empeñada a otra, simulando astutamente el vínculo anterior; b) Dar en prenda una cosa ajena, o bien, cobre por oro; c) Sustituir una mercancía por otra, destruir o corromper las mercancías empeñadas; d) Fingirse rico para conseguir en préstamo grandes sumas.

Anota LEVENE, este delito es conocido como el Proteo de los delitos, como referencia a ese Dios fabuloso al cual se atribuyó la facultad de poder cambiar de forma a su antojo, como así mismo se denomina al individuo que cambia frecuentemente tanto de opiniones como de afectos.

Y en verdad que la estafa tiene tan variadas manifestaciones, que por ello mismo los autores prefieren no enfrentarse a su definición, por cuya causa suelen acudir a los ejemplos ilustrativos de tal manifestación criminosa. El mismo CARRARA así lo reconoce para acudir a ilustrar la figura con la enumeración de las varias manifestaciones del delito.

En derecho penal comparado, el Código italiano define la estafa (artículo 640), considerándola como "el empleo de artificios o engaños para inducir a alguien en error, a fin de procurar para sí o para terceros un provecho injusto en perjuicio ajeno", texto que es sensiblemente igual al de nuestro Código de las penas y que LEVENE considera como el admitido hoy por la doctrina y la jurisprudencia, es decir que se ajusta de manera conveniente a la forma más precisa de reprimir esta modalidad delictiva.

El engaño ensayado por el agente, ya lo dije, debe dar a la mentira toda la apariencia de verdad, como para inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas. Dice el tratadista Jairo López Morales en su obra que "...También puede acaecer que con tal engaño se produzca una falsa ilusión de la víctima, como aquellos individuos ambiciosos prestos siempre a los negocios que se ofrezcan con visos de facilidad y de rápido rendimiento, lo que en buena ley equivale a ser *engatusados*, es decir, ganados en su voluntad con los falsos halagos ofrecidos".

A éstos cabe aplicar la sentencia de EPICURO: "¿Quieres ser rico? Pues no te afanes en aumentar tus bienes sino en disminuir tu codicia". Y esa codicia humana que es connatural al racional, claro que en mayor o menor grado de unos a otros, se agrega esa general tendencia a engañar. Esta situación hizo proclamar al Padre FELJOO: "El que lograrse hacer patentes al mundo, no digo todos, la mitad de los artificios con que el hombre engaña al hombre, merecería (dejando aparte lo que toca al orden sobrenatural), con más justicia que cuantos hubo de Adán acá, el glorioso título de bienhechor del linaje humano...".

HANS VON HENTIG, profesor de criminología en la Universidad de Bonn, en su documentada obra sobre *El delito* ⁽⁴⁾, hace dieciséis referencias a las diversas modalidades de la estafa, para destacar cómo en todos los tiempos y lugares se han registrado con inusitada intensidad hechos ilícitos de esta índole, especialmente por el denso tráfico de viajantes de unos países a otros, con mayor incidencia en las ciudades fronterizas o de mayores conglomerados industrial o comercial.

Otras expresiones de la estafa nos las señala CUELLO CALON en las que sancionaba el Derecho romano bajo la denominación de *crimen stellionatus* creado después de Adriano y que se constituye en la base primigenia de la moderna figura de la estafa. En el mismo *Digesto* encuentra ejemplos no mencionados por CARMIGNANI. Son los siguientes: "la enajenación a otro de la cosa disimulando la obligación existente, el empleo insidioso de locuciones obscuras en las negociaciones y contratos, vender la cosa ya vendida a otro, etc., y en general en... todo género de actos de improvidad no realizados de modo franco y manifiesto cuando no constituyeran otro delito. Y agrega a las sanciones de *Las Partidas* estas otras modalidades ilícitas: "*La del orifice que maliciosamente mezcla con el oro o la plata otros metales, considerándola como falsedad; la defraudación en la venta de objetos de oro o de plata, u otra cualquier cosa que fuese de una natura, e ficiesse creer a aquel que la diesse que era de otra mejor, negar haber recibido un depósito que realmente se recibió; la sustracción de cartas y escrituras de testamento que también reputa falsedad*".

Así tenemos que como elementos esenciales de la estafa, el tratadista destaca los siguientes:

l) La defraudación traducida en perjuicio del patrimonio de otro. Ese perjuicio deberá ser real y no meramente posible; como perjuicio

patrimonial será siempre estimado por su valor, como que este elemento se constituye en la base misma de la penalidad del delito.

2) Debe existir engaño inequívoco y bastante a inducir la voluntad de la víctima. Ese engaño debe existir o producirse en el momento de la consumación del delito, aunque también puede producirse con precedencia a su comisión. En el análisis del engaño MANZINI lo rechaza en los locos y menores, como cualesquiera que se encuentre disminuido en su capacidad mental, precisamente por su limitado discernimiento, porque entonces el calificativo es hurto y no estafa, lo que se obtenga por medio de los artificios y engaños. Se ha de considerar, empero, como estafa aquella que se realiza con un individuo aunque éste haya sido inducido con el objeto de un lucro ilícito, como las variadas ocurrencias con los denominados timos. Ejemplo clásico, el denominado "paquete chileno".

3) Como tercer elemento constitutivo de estafa ha de considerarse la relación de causalidad, teniendo en cuenta esa relación de causa o medio engañoso empleado y el efecto o el desmedro patrimonial del lesionado.

4) Se propone como nuevo elemento, el psíquico, consistente en la voluntad dañina del actor, quien procede a sabiendas de la eficiencia de sus artes engañosas para producir la defraudación.

5) El ánimo de lucro que nuestro Código lo enuncia expresamente a diferencia de otros que como el español, según lo anota CUELLO, no menciona este requisito, lo cual, en su concepto, resulta indiscutible. No importa que el beneficio perseguido o alcanzado no aproveche al mismo actor sino a un tercero. Para MANZINI, citado por el mismo autor, no se produciría el ilícito cuando el objetivo del engaño sea la obtención de un bien legítimo, como sería el caso de quien se vale de artificios para obtener la posesión de lo que es de su propiedad.

También es dable considerar el dispositivo amplificador de los tipos penales como lo es la tentativa respecto a la estafa, porque lo que importa es la intención torcida del agente, al encaminarse a la realización de los actos que considere necesarios para procurarse el beneficio del bien ajeno. No se requiere el resultado.

Nos parece de la mayor importancia a la consideración del elemento fraude en el delito de estafa, lo que nos lleva a la posibilidad de diferenciación entre el fraude civil y el fraude penal, diferenciación que resulta para MAGGIORE según lo consigna en su tratado sobre el *Derecho Penal*⁽⁵⁾. En efecto, así se expresa sobre el particular: "El fracaso de todas las teorías ideadas para distinguir el ilícito civil y el ilícito penal nos fuerza a concluir que esta distinción en el campo jurídico es imposible. Conviene, pues, reconocer que la



distinción entre las dos especies de delito no es intrínseca o sustancial, sino extrínseca y legal...". Agrega más adelante que corresponde al legislador establecer los varios criterios sobre el daño, para "hacer que la pena siga al ilícito penal, como retribución y expiación; y que al ilícito civil sigan las otras sanciones (nulidad, caducidad, revocación, rescisión, restitución, reparación, resarcimiento, etc.) que toman el nombre de sanciones civiles".

Y es que resulta ineludible reconocer la identidad perfecta entre el fraude que integra el delito de estafa y el dolo que vicia los contratos de carácter económico (vicio del consentimiento), uno y otro se incluyen en el mismo concepto de malicioso engaño dirigido a un aprovechamiento injusto. El catedrático de la Universidad mayor de San Marcos, en el Perú, doctor LUIS A. BRAMORET en un bien documentado trabajo sobre el tema, se pregunta si será posible considerar la existencia de un ilícito civil que no coincida con un ilícito penal. Rechaza, empero, de manera categórica, la tesis expuesta por HEGEL, cuando propone que "el hecho antijurídico doloso importa la necesidad lógica de la sanción penal y no constituye jamás *ilícito* puramente civil lo que se traduciría en un *abuso* de las sanciones penales, cuando, por el contrario, la tendencia moderna se inclina cada vez más por el respeto de la *lex privata* que quiere reservar ciertas manifestaciones dolosas simplemente culposas al ámbito del derecho civil".

Pero tampoco está acorde con UNGER, quien pretende que según el carácter de la violación cuando afecte el ámbito subjetivo, se trataría de un ilícito civil; y si el objetivo, daría origen al ilícito penal. Así se apoya en MERKEL cuya teoría acepta y comparten MANZINI y otros autores y consiste en dar por sentado que no puede concebirse que exista un derecho subjetivo sin que se dé la correspondiente norma de derecho objetivo. Con el concepto de lesión se integran el derecho subjetivo con el objetivo en la consideración de una misma realidad.

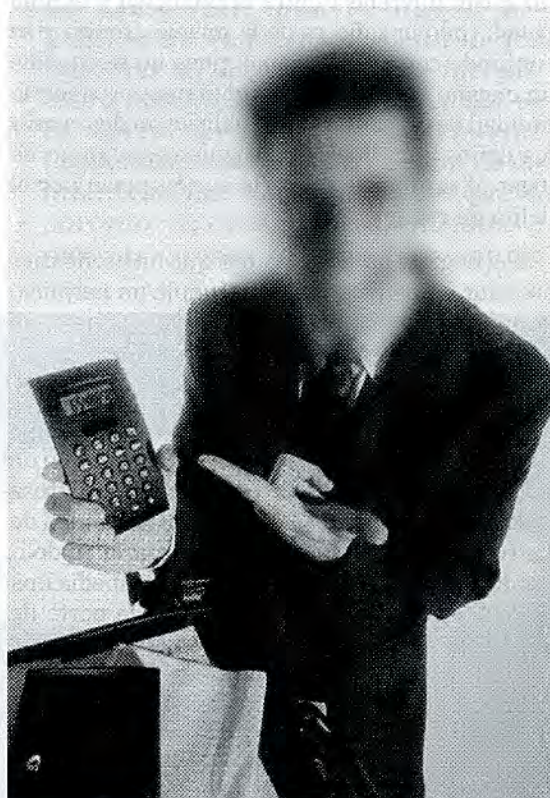
Y volviendo a la consideración de los ilícitos que ofenden el campo estricto del derecho Civil, se pueden citar los siguiente apartes en los escritos de NELSON HUNGRÍA en sus *Comentarios al Código Penal*: Ellos son: el daño culposo, el hurto como la apropiación indebida de uso, el despojo de inmuebles sin violencia o sin que se requiera el concurso de agentes, el incumplimiento de obligación contractual (salvo casos excepcionales), la demanda por deuda no vencida, el abuso del derecho, la seduc-

ción de mujeres mayores de edad, el recibimiento culposo de lo no debido, como finalmente, todos aquellos actos ilícitos, que sin embargo, no han sido incluidos por el legislador como delitos o contravenciones.

El profesor BRAMONT, asiente con MAGLORE y RICARDO C. NÚÑEZ (*Derecho penal argentino*), en la necesidad de la *unidad* o de equiparación de la antijuridicidad en la comisión del fraude para que se regule bajo una misma pauta cualquiera se cometa. Así se regularizaría la compatibilidad o incompatibilidad del acto frente al derecho, "con prescindencia de que, por su tipificación penal o por sus efectos civiles, se le atribuyan consecuencias jurídicas de una u otra índole o ambas". Así remata con esta conclusión:

"La figura delictiva es el único medio con que cuenta el Derecho Penal liberal para asignarle las consecuencias que le son propias a un hecho antijurídico".

SEBASTIÁN SOLER es también un decidido partidario de esta última tesis, en contra de lo expuesto por CHAUVEAU, CARMIGNANI y otros y así estima que "la idea de considerar la defraudación como una figura genérica y supletoria, en forma semejante a la idea civilista del contrato innominado, ha llevado a la necesidad de plantearse una serie de falsos pro-



blemas, de los cuales es característico el de distinguir el dolo civil del dolo penal o el fraude civil del fraude penal”.

De este modo se ha llegado a considerar que el dolo civil estaría reducido a formas menores fácilmente evitables por el sujeto dotado de una mediana atención a sus intereses, lo que en la expresión de PUCCIONI “la protección penal no alcanzaría, pues, ni a los *idiota* ni a los *padre de familia*, los cuales deberían darse por satisfechos con la indemnización civil”. El mismo IMPALLOMENI, quien había expuesto su propia teoría consistente en distinguir lo principal de lo *accesorio* en el fraude, la abandonó luego en su estudio sobre *Del fraude punible*. Advierte de paso cómo la calificación que a ella quiera dar el juez, como un pretor romano, permitiéndole moverse en esa *zona gris* que le daría atribuciones arbitrarias y que por MANZINI en las teorías que así lo proponen “inducen fácilmente al error de creer que, no obstante, la concurrencia de un determinado hecho entre todos los requisitos esenciales del delito de estafa, ese hecho pueda ser considerado, a base de una de las innumerables teorías escogidas a este respecto, como mero fraude civil”.

Con respecto a la posible diferencia que pudiese existir entre el dolo civil y el dolo penal, la Corte Suprema de Justicia ha dicho: ⁽⁶⁾ “Jurídicamente no existe diferencia entre el dolo civil y el dolo penal: todo engaño es de la misma esencia y se confunde con el dolo penal, pues no se concibe un engaño que tenga capacidad para producir la nulidad de un contrato y la obligación de reparar los daños y perjuicios consiguientes, que no dé lugar al mismo tiempo a la acción penal por el delito de estafa.

Si el engaño ha sido la causa que ha hecho caer en error a una persona, causándole un perjuicio grande o pequeño, en beneficio del agente o, de un tercero, existe el dolo criminal y consecuentemente el delito de estafa.

Es evidente que la tesis de que basta la simple mentira del estafador para que se cumpla uno de los presupuestos del delito, es también peligrosa y exagerada, pues si así fuera, la casi totalidad de las relaciones contractuales degeneraría en delitos de estafa, ya que en casi todas ellas media una especie de embuste y ponderación de parte de alguno de los contratantes. La tesis que se acomoda a nuestro derecho penal sustantivo, para determinar cuándo el artificio o engaño tiene

capacidad para producir el dolo de la estafa, es la que precisa el procurador delegado en lo penal, en el siguiente aparte:

«...En tal virtud, en esta materia, es preciso acogerse a los principios de la doctrina moderna, más acorde con la defensa social y con la peligrosidad del delincuente, conforme a la cual el *ardid* debe consistir en el despliegue intencional de alguna actividad, de alguna manifestación externa, cuyo efecto sea el de hacer aparecer a los ojos de la víctima una situación falsa que le vicia el consentimiento y la determina a entregar voluntariamente la cosa. Ni simple mentira, ni artificio de complicada magnitud son entonces indispensables para configurar la estafa.

Esto se deduce también de los precisos términos del Art. 408 de nuestro Código, al exigir como medios empleados por el estafador los ‘artificios’ o los ‘engaños’ como resortes creadores del error del lesionado. No otra cosa quiere decir la expresión legal ‘inducir’ en ‘error’. Por consiguiente, si el perjudicado simplemente creyó en las meras palabras mentirosas del timador, sólo debe quejarse de su ingenuidad, y no de estafa; pero si fue *engañado* a pesar de su prudencia, por virtud de las actividades del agente, el hecho entra ya en los dominios del derecho penal.”

Se hace necesario transcribir la siguiente JURISPRUDENCIA de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal por su importancia indiscutible y sus citas bibliográficas invaluable, respecto al tema tratado:

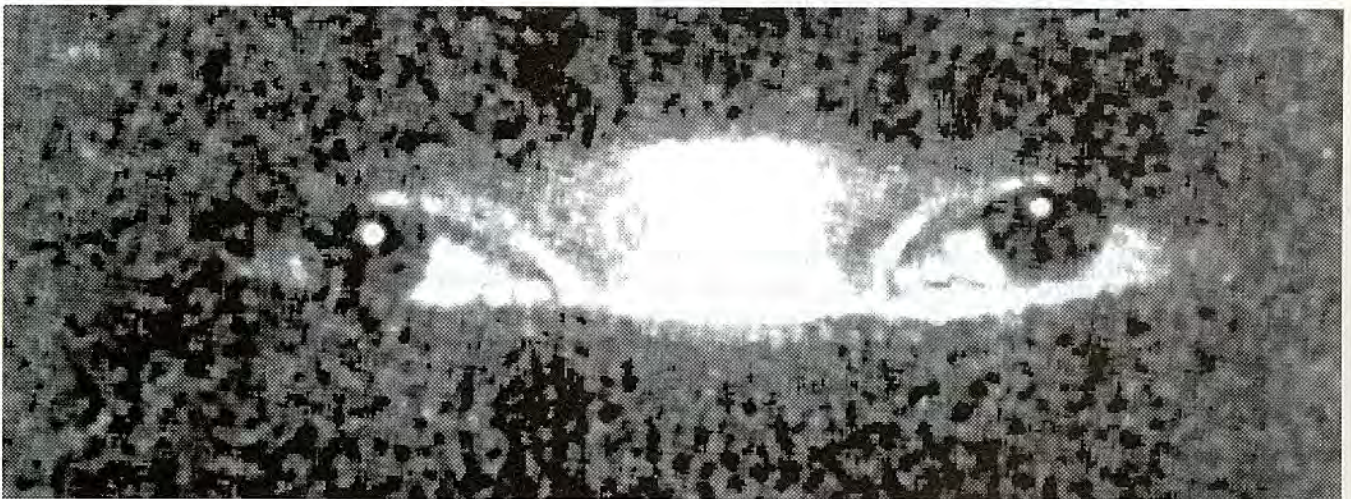
“El hecho de haber sido planteado un solo cargo contra la sentencia recurrida, si bien facilita el examen de la Sala en cuanto demarca perfectamente el campo a que debe referirse, de otra parte, dada la forma como la demanda se halla concebida, vale decir, la seriedad de los planteamientos en ella expuestos, la obliga a profundizar en uno de los temas que ha dado origen a más arduas discusiones, como es la de considerar la viabilidad actual de los planteamientos de una corriente doctrinaria que ha visto en estos casos manifestaciones del derecho civil que no trascienden al campo penal por ser actividades que se desarrollan en un ámbito donde las partes saben o deben saber que están expuestas a normas de sus derechos sin que por

ello puedan calificarse de punibles tales lesiones, al menos a la luz de las normas que rigen el delito de estafa dentro de esos planteamientos el censor concede importancia al aspecto subjetivo de la conducta materia del proceso, particularmente por lo que se refiere al denunciante y sujeto pasivo de la acción que se ha venido calificando de punible, en cuanto sostiene que el derecho no protege a aquellos que no saben amparar sus propios intereses, aspecto que suscita no pocas controversias en este campo, ya fecundo a ella, del mencionado ilícito penal. Sea lo primero decir que tomando en perspectiva el asunto desde el ángulo del derecho civil, debe tenerse en cuenta que esta rama del orden jurídico que hasta ahora se ha visto como normadora exclusiva de intereses individuales, ha venido experimentando una notable transformación al proyectarse sobre ella, en forma decisiva, la consideración de que también dentro del derecho privado deben tenerse en cuenta los intereses públicos o colectivos, esto es, que los negocios y demás relaciones jurídicas entre particulares no solo tienen importancia para éstos sino que sus actuaciones deben ser reglamentadas y aun limitadas con base en los intereses sociales que, casi siempre, comprometen. De ahí que vaya perdiendo vigencia la concepción de que lo que sucede en un contrato, solo interesa al dere-

cho civil y para nada a las demás ramas del orden jurídico, menos que a todas al derecho penal”.

Y continúa la corte:

“Todos saben bien, dice un autor, cómo los profundos cambios ocurridos en el ámbito de las estructuras negociales como consecuencia de ese rápido proceso receptivo de principios socio - lógicos, económicos y políticos en este campo, ha contribuido sensiblemente a transformar de raíz los fundamentos de su reglamentación jurídica. Si es innegable que la mutación de la sociedad, las transformaciones de la vida económica y la necesidad de una más diversificada y moderna concepción de Estado, en el cual han confluído numerosas funciones que antes eran ejercidas por los particulares en el ámbito de su propia iniciativa, han contribuido decisivamente a determinar, con repercusiones advertidas en todo el derecho, la desvalorización del elemento individualista en el campo del fenómeno jurídico, es, de otra parte, innegable, que la nueva organización económico-social de los intereses ha llevado, de modo ineludible, a modificaciones sustanciales en la estructura de las categorías negociales, a saber, la emersión de un interés social, más general, del que es portador el ordenamiento jurídico y por cuya presencia los intereses de los



particulares resultan absorbidos por la preeminencia de los colectivos". (GIORGGIO SAN-MARCO, *La Truffa Confrattuales*, Pág. 15).

Por lo tanto, es pertinente desde el punto de vista social examinar lo que sucede en el campo de un contrato para ver si las vicisitudes que las partes corren en el mismo, han sido de tal naturaleza y magnitud que resulte de interés general considerarlas como delito.

A este propósito debe advertirse que es imperativo por lo que hace al buen orden y corrección en que deben desenvolverse, en general, las actividades sociales, exigir a las partes que intervienen en un contrato que procedan de buena fe.

La conducta fraudulenta dentro del negocio no solo lesiona el derecho de libre disposición de la contraparte sino que perturba el orden jurídico y atenta al normal desenvolvimiento de la economía no únicamente la privada sino también la pública o colectiva y por este aspecto interesa primordialmente al derecho penal. No hay qué olvidar que ésta, la economía colectiva, reposa tanto como aquélla sobre la libre determinación de la voluntad.

No se puede hacer de lado, ciertamente, que en el mundo de los negocios es admisible que exista una cierta "lucha de astucias", como algunos la llaman, es decir, un juego de posiciones no explícitas de los contratantes que buscan el beneficio de cada uno aun con mengua de los intereses del contrario".

Y afirmó:

"Y que no es fácil determinar en forma genérica cuándo ese 'juego de astucias' se mantiene en los límites de la moral y cuándo los traspasa para caer en lo indebido y aún en lo delictuoso. Estos límites, ciertamente, varían con el tiempo y el lugar de la negociación y con la naturaleza de la

misma. Pero de todos modos existe una norma ética, una regla moral que subyace, como una imperiosa exigencia, en el campo de las obligaciones.

De ese trasfondo moral hace parte importante el respeto que se debe observar por los contratantes a las normas de corrección, no sólo en las fases fundamentales del contrato sino aun en las preliminares y, sobre todo, en las de la ejecución de las obligaciones contraídas.

La violación del equilibrio que debe haber entre las partes en el contrato tiene que proyectarse, cuando adquiere contornos de lesión a los intereses colectivos, sobre el plano del derecho penal para que sean sancionados los abusos unilaterales de una de ellas sobre la otra,

No significa lo anterior que no haya lugar al juego de astucias que se deja mencionado Y aun a que, dentro del mismo y como procedimiento, si se quiere usual, en los negocios, se echa mano de mentiras. Si el agente no tiene la obligación de decir la verdad, la mentira y con mayor razón, el silencio, no constituyen siempre un engaño.

Ya MANZINI hablaba, en tales circunstancias, de la "mentira agresiva" o sea en la que se dice para crear en la otra parte motivos de actuar o de omitir. Y de la "mentira defensiva" que es la tendiente a ocultar los propios intereses legítimos.

Si ninguna de las dos traspasa ciertos límites sociales, especialmente si la contraparte no tiene el derecho de conocer la verdad, no hay en ello delito y todo hace parte de ese fenómeno general que se llama "la competencia en los negocios", o, como dice algún autor: "la característica competitividad individualista de los negocios".

Pero pasan al campo penal la mentira o el silencio cuando recaen sobre elementos fundamentales del contrato, por ejemplo, la existencia de una contraprestación, porque ésta es la causa misma del acto o contrato según el derecho civil.

Si una parte engaña a la otra, por ejemplo, sobre una capacidad de pagar haciéndole creer que la tiene cuando, en realidad, carece de ella, bien sea de modo absoluto o en dos formas que, de saber su situación, la otra no hubiera contratado, o cuando calla estando obligada a manifestar su incapacidad de pagar, ya no se trata de un silencio o de una mentira lícitos, sino plenamente delictuosos.

Estos principios están directamente relacionados con los demás elementos de la estafa. Entre ellos con el concierne a la calidad del sujeto pasivo del engaño, que no siempre, como se sabe, es el del daño.

De acuerdo con las concepciones clásicas del contrato, que se decía era siempre en interés privado, particularmente de las partes contratantes, éstas debían estar sujetas a las vicisitudes del convenio pactado, entre las cuales se contaban las que dependían de la condición particular de cada uno de los contratantes.

Así, si uno de ellos confiaba excesivamente en la buena fe del otro, o si era demasiado ingenuo, o si desconocía las costumbres comerciales del medio en que actuaba y a causa de esas circunstancias era engañado y sufría un perjuicio económico, debía soportarlo porque, se decía, el derecho no protege a los que se descuidan (“*de dormientibus non curas jure*”).

Y Concluye:

“Esa situación ha cambiado. Sin dejar de admitir que en los negocios puede haber sutilezas, malicias, y reticencias como se deja dicho atrás, ellas tienen un límite social, vale decir, se admiten mientras no hayan comprometido gravemente la voluntad del contratante engañado y no salgan de lo comúnmente aceptado en el medio en que se actúa.

Porque, como dice un autor “el derecho interviene para castigar los abusos que desvían la autonomía privada de su función social”. Está en la lógica de un ordenamiento legal que re-

conozca a los particulares una esfera de autonomía pero que debe exigir una cierta medida de “fair play” porque, de otra manera, el sistema consagraría el triunfo de la superioridad injusta. La búsqueda de la propia conveniencia no debe desencadenar una competencia sin freno. Por el contrario debe corregírsela como un mínimo de respeto por los intereses ajenos. (PETREZZI, *In ganno a errore ne delitti coniro e/ patrimonio*, Pág. 204).

De acuerdo con estas ideas, no es de recibo el argumento del actor ya transcrito atrás en el sentido de que “si alguien, por mala información o por ignorancia del desarrollo que siguen los acontecimientos externos, procede, según sus propias percepciones solo él debe culparse. Es el exclusivo autor del percance, ya que su buena fe no estuvo interferida por la falacia del otro”.

Más adelante dice:

“Viene al caso, sobre este particular, lo dicho por MANZINI para quien...” la circunstancia de que el sujeto pasivo no haya ejercido o lo haya hecho mal o tardíamente un control o algún otro comportamiento debido o acostumbrado, no excluye el delito de estafa... Tal el caso de que el estafado no hubiese sufrido daño si hubiese observado, según su deber, normas prescritas por leyes, reglamento, órdenes o disciplinas Vr. gr. si se le paga con un cheque cruzado que, como se sabe, solo puede ser cobrado en una cuenta bancaria”. (Tomo IX, Págs. 616 y 617).

“...La confianza es ciertamente, como lo dice el actor, un sentimiento, y como todo estado de ánimo, de carácter subjetivo. Pero es, además, una manifestación de buena fe, de la creencia en la honestidad de la contraparte. Ella, de acuerdo con lo que se deja dicho sobre el equilibrio de las

partes en el contrato y el significado social de ésta, no debe ser defraudada.

Sólo si adquiere límites extremos, pasando al campo de lo anormal, en forma que se tenga una víctima incapaz de la más elemental labor crítica, podría decirse que no hay estafa. Pero entonces no es posible que exista otro delito, por ejemplo, una defraudación.

Finalmente por lo que respecta a los argumentos del actor para respaldar su censura a la sentencia por error de hecho, la Sala hace suyos los razonamientos de la Procuraduría pues estima, en primer término, que la providencia recurrida se basó, no en una sola prueba, sino en un haz armónico, integrado de ellas, tanto de carácter testimonial, como documental e indiciario.

Y, en referencia a la declaración del ofendido, que es objeto de particular ataque por la demanda, la Corte considera que el Tribunal hizo un análisis adecuado, dándole el valor que merece, que es, ciertamente, primordial pero sin basarse sólo en ella sino, como se deja dicho, en todas las demás del proceso".⁽⁷⁾

El Código Penal no define el delito de estafa, pero señala los elementos que lo configuran, para que en determinado momento los operadores judiciales en la aplicación de la ley y la jurisdicción que le compete al Estado, puedan o no catalogar el hecho como un delito de esta naturaleza. Elementos que pueden sintetizarse de manera sucinta así: a) empleo de artificios o engaños con poder suficiente para inducir a una persona en error; b) lesión de un bien patrimonial; c) obtención de un provecho ilícito en favor del agente del delito.

De igual manera es dable transcribir un aparte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁽⁸⁾ al respecto de los elementos anteriormente mencionados:

"El engaño que consiste en inducir a una persona a creer o tener por verdadero lo que no es cierto, valiéndose de palabras o de hechos fingidos, configurando en esta forma una mentira

con la idea de una aparente realidad, debe ser de tal naturaleza que sea capaz de inducir en error a la víctima del delito; es decir, que la voluntad y el consentimiento del inducido no ofrezca duda alguna de que se halla frente a la posibilidad de realizar un acto del cual pueda reportar algún beneficio, bien sea este de orden material, intelectual o moral.

El error es la representación falsa o equivocada sobre algo. Y así, tratándose de la estafa, el error debe ser el resultado de las maquinaciones fraudulentas esgrimidas por el delincuente. El error debe, por lo tanto, consistir en un juicio suscitado por el ardid, y no en la sola creencia equivocada que provenga de la pura ignorancia del sujeto perjudicado.

El error propio de la estafa es cabalmente el error determinante que vicia el consentimiento de los actos jurídicos. No hay en esto una diferencia radical en el campo civil y en el campo penal, sino la más completa equivalencia. Igual cosa sucede con el fenómeno del dolo: no hay dolo civil ni dolo penal; simplemente el dolo es uno lo mismo que el error lo que existe son grados de dolo y grados de error, cantidad y no cualidad.

Así, pues, para que haya estafa no basta cualquier clase de error, sino aquel que es capaz de mover el consentimiento de la víctima, de tal suerte que sin él, ella no hubiera entregado la cosa. El error se confunde en este caso con el móvil determinante de la voluntad, con el factor animador y propulsor del acto jurídico. De no haber mediado el error, el despojo de la víctima no se hubiera producido. Si la entrega la hizo por simple torpeza, la estafa desaparece.

La lesión de un bien patrimonial, producida por el error y como consecuencia del empleo de engaños o artificios, es la violación de la norma penal que tutela el derecho de propiedad de los asociados, bien sea este material o moral, porque este delito no solo puede recaer sobre cosas aprehensibles sino también sobre derechos de pro-

piedad intelectual, y lo que la ley protege al sancionar este delito, es el derecho de propiedad.

Por último, la obtención de un provecho ilícito se vincula directamente con el móvil o fin que tuvo el agente del delito al recibir el bien perseguido por la creación de una situación falsa debido a medios habilidosos que indujeron en error a la víctima para verificar voluntariamente la entrega de la cosa. Es claro que entre la entrega del bien -fin perseguido- y el empleo de los medios engañosos o artificiosos fraudulentos, debe existir una relación de causalidad; es decir, que estas dos situaciones no pueden subsistir independientemente la una de la otra sino la segunda como consecuencia necesaria de la primera, porque rota la relación de causalidad, el delito no sería de estafa sino que podría configurar cualquiera otra infracción.

El error producido por el empleo de artificios o engaños es uno de los elementos fundamentales de esta infracción, pues el error es lo que influye de manera directa sobre el ánimo de la víctima para verificar la entrega de la cosa que persigue el timador”.

Otra sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia dijo: ⁽⁹⁾

“La estafa -forma agenda de criminalidad evolutiva y fraudulenta- se caracteriza por un daño patrimonial ocasionado mediante engaño tendiente a obtener un beneficio indebido para sí o para otro. Es un delito intelectual, de naturaleza proteiforme, dada la variabilidad de los medios artificiosos que pueden ponerse en juego para perjudicar a los demás.

Ya decían las Partidas que no es posible contar de cuántas maneras los hombres engañan a los hombres. Este delito -producto de la civilización- ofrece la particularidad de que el delincuente practica su codicia burlando, generalmente, la codicia ajena con

sistemas que suscitan en la víctima un estado de optimismo e ilusión respecto de fáciles ganancias”.

Una más del Alto Tribunal de la justicia ordinaria: ⁽¹⁰⁾

“Una interesante cuestión que surge en el delito de estafa, es la de saber si tal ilícito subsiste cuando el engañado actúa con fines inmorales o antijurídicos, y en ese empeño, se le causa un perjuicio.”

CARRARA niega rotundamente la estafa en dicha hipótesis, porque dice- «la víctima del delito es más execrable que quien la engañó». Y pone algunos ejemplos: el de la mujer que ha ido a la casa de la hechicera, a fin de que le diese un filtro para hacer morir a su propio marido. La hechicera le cobró una buena suma de dinero, pero le dio una bebida inocente, y el del rico malvado que prometía mil escudos al que matase a su enemigo. Un malandrín desesperado aceptó la oferta, prometió matar, dio a entender que había matado y cobró el dinero.

Sin embargo, la tesis del maestro de Pisa no tiene hoy aceptación, porque en el campo represivo y de la defensa social, la inmoralidad de la víctima no es causa de justificación de la conducta del delincuente, si lo hecho por éste reúne todos los requisitos de un delito. En este sentido, no hay compensación de dolos ni de culpa en la recíproca actividad de los sujetos de la acción criminosa. Por eso, cuando “X” aceptó dinero de “Y” contratado para matar a “Z” (Contrato de sicariato), lo recibió y le dio muerte a éste, los dos primeros sujetos (“X” y “Y”) son responsables de homicidio agravado. Pero si “X”, mediante engañosas promesas a “Y” de cometer el delito contra la vida de “Z”, obtuvo el dinero, se quedó con él y no cumplió como era su propósito la oferta de eliminar a “Z”, es claro que consumó una estafa, a pesar de que la víctima de esta obró con la más repugnante intención al procurar el atentado contra el bien jurídico protegido por el Estado de “Z” como lo es la vida e integridad personal.

Sentencias de vieja data que es necesario traer a colación, afirmaron: (11)

“El conocido timo de entierros o guacas, llevado siempre a término contra personas ignoras y supersticiosas, exageradamente crédulas a las supercherías, no exige al estafador tratar de que la víctima haga entrega del dinero u otros bienes de inmediato. La manera de obrar varía según las circunstancias, pero en todo caso, en el momento preciso y escogido por el delincuente, el fruto de la defraudación lo obtiene, por ejemplo, sustituyendo un objeto por otro, o simulando que lo que se entrega al ofendido o queda en su poder, representa la fortuna del entierro o guaca. La idoneidad del medio de la comisión en el delito de estafa, la pretendida relación de causalidad eficiente, es cosa que no cabe discutir ante la infracción consumada, según enseña el derecho penal. Que fueron idóneos los artificios a que acudió el agente y que eficazmente indujeron en error a la víctima lo dice el resultado concreto que se produjo en su perjuicio”.

Otra sentencia más: (12)

“La estafa no está constituida por cualquier mentira, falsedad o maquinación, puesto que los artificios o engaños para obtener el provecho ilícito con perjuicio de otro, deben tener, para configurarla jurídicamente, capacidad y eficacia suficientes a inducir en error al estafado, de manera que el agente activo logre, mediante esos medios, la entrega voluntaria de la cosa objeto material del hecho. Es, pues, la voluntad del estafador la que resulta viciada y su consentimiento influido por el engaño o artificio con que se le arrebató su patrimonio. Y esta circunstancia es precisamente la que anota las diferencias específicas de la estafa con el hurto, el robo, la extorsión y el abuso de confianza. La estática y dinámica de los delitos se mide por el grado de actividad del

agente en la acción o acciones que desarrolla para realizarlos. Si se cumplen desarrollos diversos, que exijan tiempo y diferentes actividades para operar sobre la víctima a fin de engañarla o tomarla de sorpresa, esa acción dinámica exterioriza un tipo determinado de infracción penal. Si, por el contrario, se cumple en un espacio corto, la acción es estática, modificando también el tipo”.

De igual manera ha dicho el máximo organismo de la justicia ordinaria Colombiana: (13)

“El estafador suele tener la habilidad suficiente para llevar al estafado, por medio de artificios o engaños, a ese estado positivo, en el cual éste cree tener un conocimiento verdadero sobre un hecho o una situación, cuando en realidad ese conocimiento es falso. De esta suerte, cuando el estafado entrega la cosa, lo hace con consentimiento, con voluntad de desprenderse de ella, pero con una voluntad determinada por las maquinaciones, por la mise en scene empleada por el delincuente. En esta forma el error vicia el consentimiento. Es así como el delito de estafa atraviesa varias etapas, desde que se tiene la idea delictuosa, fija en la mente, hasta que se logra la entrega del bien apetecido. En ellas se va cumpliendo una serie de maniobras en las que pueden intervenir una o varias personas. La creación del engaño, determinante de la entrega, en el caso de sujeto múltiple, responde a acciones distintas, tendientes todas a la consumación del delito. Y quienes las realizan son, ciertamente, quienes toman parte en la ejecución del hecho, aunque no cumplan los actos de verdadera consumación del mismo.

La estafa implica, en segundo término, la obtención de un provecho ilícito en perjuicio del ofendido. Es claro que entre la entrega del objeto perseguido y los medios empleados para conseguirlo debe existir relación de

causalidad, con lo que se encontrarían reunidos los tres elementos tipificadores del delito.

El provecho ilícito que se alcanza con la estafa, bien puede favorecer al que logró, por medios engañosos, la entrega de la cosa o a un tercero. Lo esencial es que ese provecho se obtenga como resultado de la maniobra que llevó al error a quien hizo la entrega".
(14)

Ahora bien, dentro de los presupuestos que tipifican el punible de estafa ha dicho la Corte: ⁽¹⁵⁾

"Entre los presupuestos tipificadores de la estafa, está el empleo de artificios engañosos con eficacia y capacidad suficientes para inducir en error al estado, en forma tal que el agente activo logre, en virtud de esos medios embaucadores, la entrega de la cosa o prestación, con significación patrimonial. Por manera, que en razón del ardid empleado por el delincuente, se produce en la víctima la representación falsa o equivocada sobre algo, y, a su vez, al ser inducido en error, determina su consentimiento para la realización del acto o disposición patrimonial.

Los anotados factores que caracterizan la estafa amén de la obtención de un provecho ilícito, señalan a su vez las diferencias específicas que distinguen ese delito de otros dirigidos contra el patrimonio económico, como el robo, el cual, en su forma más simple, es el acto de tomar lo ajeno valiéndose de medios violentos contra las personas o las cosas, bien sea la violencia física, moral o presunta.

Esta violencia, que determina el apoderamiento o entrega de la cosa por razón de tal circunstancia, tiene por finalidad asegurar el producto del delito o procurar la impunidad".

La jurisprudencia nacional ha estructurado los elementos del punible de estafa, es así como ha dicho:

Los elementos estructurales del delito de estafa son:

- a) Despliegue de un artificio o engaño, dirigido a suscitar error en la víctima.
- b) Error o juicio falso de quien sufre el engaño, determinado por el ardid.
- c) Obtención, por ese medio, de un provecho ilícito.
- d) Perjuicio correlativo de otro.
- e) Sucesión causal entre el artificio o engaño y el error, y entre éste y el provecho injusto que refluye en daño patrimonial ajeno.

El engaño y el artificio son fenómenos equivalentes, expresivos en el fondo de la misma cosa. Consisten en todo medio habilidoso para trasfigurar la verdad. Son sinónimos de astucia, doblez, ardid, trampa, artimaña o maquinación empleada para dar apariencia de verdad a la mentira. El artificio o el engaño, con el que se inicia toda estafa, debe ser puesto en acción por el agente para inducir en error.

La inducción en error exige una serie de maquinaciones fraudulentas previas cuando no se trata de aprovechar el anterior error ajeno, las cuales deben estar plenamente acreditadas.

No puede hablarse de estafa en donde no se dé esa condición. Así como tampoco puede hablarse de este delito cuando con posterioridad a la obtención del bien patrimonial surge el artificio o el engaño tendiente a otros fines.

Luego, los elementos esenciales del delito son dos, en consecuencia: la inducción en error y la entrega voluntaria del bien, por parte de la víctima al estafador, y producida por ese error.

Afirmó la Suprema Corte que: (16)

"Sería totalmente infundado suponer que el legislador hubiera pretendido sujetar a un trato de excepciones a quienes, en el ejercicio del comercio, cometen estafas. Lo que pasa es que, en el evento incriminado en el artículo 283, el provecho ilícito no se obtiene por el agente delictivo como la necesaria culminación de un proceso ponderado de persuasión en que el artificio, la superchería o la industria sirven siempre de instrumento para inducir en error al ofendido y obtener, por ese medio, su asentimiento. El mecanismo de tal delito, en sus aspectos formales y

morales, es de ordinario simple, incomplejo, y puede referirse a simples palabras mentirosas. Mediante un ardid cualquiera, por un licor que está a la vista del público, se da otro; por un peso determinado, se entrega uno inferior. Para eso no se necesitan mayores artificios o peculiar industria; y el engaño se consuma con el hecho mismo de la entrega, burlándose así la buena fe del comprador, pero sin que, normalmente, haya sido necesario el empleo del



aparato y los embustes en que suelen incurrir los estafadores, bien sean habituales o bien ocasionales.

Lo que ocurre en la estafa, es distinto, como es bien sabido. En ésta, la prestación patrimonial de la víctima ha sido precedida del juego habilidoso de ardid y tretas: del deslumbramiento de los falsos títulos, las calidades imaginarias o las mentidas influencias; en fin, de lo que códigos y doctrinantes han denominado, dentro de la variedad de matices; del idioma, socaliña, maquinación, maniobra, manejos artificiosos etc”.

En resumen, podemos decir, que el ardid propio de la estafa debe tener cierta entidad objetiva, cuyos efectos se miden de acuerdo con el grado de discernimiento de la víctima. Uno y otro sujetos del delito activo y pasivo debe, pues, valuarse especialmente en cada caso particular. Conjugando ambas consideraciones dice MOLINARIO- “tenemos que el ardid será idóneo si ha sido capaz de inducir a error a la víctima, pese a que ésta haya puesto el cuidado y la prudencia que acostumbra a poner en sus negocios”. El criterio para apreciar el ardid es, pues, muy relativo.

Error propio de la estafa, debe ser el resultado de las maquinaciones fraudulentas puestas en juego por el delincuente y consistir en un juicio falso suscitado por el ardid y no en la creencia equivocada proveniente de la ignorancia del sujeto perjudicado. Que se trata de un error que vicia el consentimiento en los actos jurídicos, sin que pueda hacerse diferencia alguna entre dolo civil y dolo criminal, pues entre éstos en materia penal hay una completa equivalencia; que no hay dolo civil ni dolo penal, que el dolo es uno lo mismo que el error y lo que existe son grados de dolo y grados de error, cantidad y no calidad; que para que haya estafa no basta cualquier clase de error pues se necesita aquél que es capaz de determinar el consentimiento de la víctima y que sin él no hubiera entregado la cosa y de no haber me-

diado ese error el despojo de la víctima no se hubiera producido, pero, "si la entrega se hizo por simple torpeza, desaparece la estafa".

Así las cosas, tenemos que el empleo de esos medios (artificios o engaños) utilizados por el agente revelan el conocimiento previo de una idiosincrasia especial en la víctima, pues ésta aco-ge entre las que demuestran mayor predisposición y facilidad al engaño. De allí que el estafador relacione y escoja el terreno elegido para sus depredaciones con la posibilidad de lograr el mayor provecho de esas circunstancias. La estafa -en general- no está separada de la teatralidad o *mise en scene*, que llaman los Franceses, con que se rodea cualquier género de engaño y se relaciona con una especie de prestidigitación de resultados antijurídicos, cuando el agente pasivo cede a esa forma de magia, de sueño como se condiciona el engaño para hacerlo factible. Lo fáctico del procedimiento es lo que determina la posibilidad de vencer la resistencia del agente pasivo por la habilidad y astucia con que el agente activo procura lograr el éxito de su propósito.

Es claro que la prueba en toda artimaña o engaño tenga que revestirse de la nota que significa establecer circunstancias en que el agente debe procurarse una iniciativa especial, que se contrapone de manera absoluta con la inercia o pasividad que demuestra poseer la víctima. En el agente activo hay una acción dirigida en sentido eficaz a cometer el ilícito. En cambio, en el sujeto pasivo, la inercia se manifiesta porque la maniobra engañosa o fraudulenta lo coge desprevenido y no logra rehuir la influencia determinante del otro.

En esto estriba precisamente la cuestión normativa del ilícito, para diferenciarlo de otros tipos específicos dirigidos contra el patrimonio ajeno, pues en la estafa lo que conduce a la modificación del derecho de propiedad o posesión en el perjudicado es lo que determina el ánimo del agente para cambiar esa situación por la que le otorga el logro de lo que pretende con los medios que emplea y que no son otros que los ejecutivos de la acción delictuosa.

En este orden de ideas tenemos que el delito de estafa se encuentra inmerso en la normatividad de los punibles, porque el legislador de turno consideró atinente la protección de un bien jurídico del hombre como lo es la propiedad bajo la estructura de ser Colombia un Estado social y democrático de derecho.

La lesión de un bien, es decir, el daño que sufre la víctima, está constituida por la disposición patrimonial erróneamente tomada por el enga-

ñado respecto de su propio patrimonio o del de un tercero de que pueda disponer, en lo cual actúa el engañado como instrumento del autor del artificio. Y el perjuicio se concreta en la lesión directa del derecho de propiedad, en un sentido estricto, como cuando se estafa una cosa, mueble o inmueble, si bien en algunos casos tiene su manifestación en la lesión de un derecho abarcado genéricamente dentro del concepto de propiedad.

El *provecho ilícito* por parte del estafador, consiste en el goce que el hecho produce a favor de éste, o sea, en un enriquecimiento ilícito de carácter económico, pues siendo la estafa uno de los delitos contra la propiedad, no puede concebirse la maniobra fraudulenta sino cuando el que la ejecuta tiene la finalidad de obtener a través del artificio, un provecho personal consistente en la adquisición del bien ajeno.

Dijo el inolado en los hechos del noviembre negro de 1985 para la justicia Colombiana, tratadista y presidente de la honorable Corte Suprema de Justicia, Dr. Alfonso Reyes Echandía, en sentencia de Casación Penal., Agosto 24 de 1.984, Mag. Pon. Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA que:

"De entre los proteicos mecanismos utilizados por el estafador, nada infrecuente es el que se presenta con las formales apariencias de un contrato o negociación (mutuo, comodato, compraventa, donación) en el que la ganancia final parece superar con creces la contraprestación económica que debe antecederla; sólo que, obtenida ésta por el estafador, aquella se esfuma ante los ojos incrédulos de la confiada víctima. Desde luego, no todo contrato incumplido o en el que sufra detrimento económico una de las partes, ha de ser calificado como estafa; no siempre su desarrollo o culminación dejan plenamente satisfechos a los contratantes; el ingenio de los vendedores, por ejemplo, suele colocar la mercancía a los ojos de los potenciales compradores de tal manera que parece ser mucho más hermosa, necesaria o conveniente de lo que realmente es, o se la ofrece en condiciones económicas de pago tan atractivas que dan la apariencia de un valor menor

del que real y finalmente tienen, sin que por ello pueda afirmarse en todo caso que se ha consumado una estafa; necesario es examinar frente a la concreta situación contractual si en verdad hubo desequilibrio patrimonial en detrimento de una de las partes, si tal afectación económica fue fruto de inducción en error mediante engaño, y si las maniobras utilizadas generaron ventaja patrimonial en favor de quien las empleó, con tal propósito. Por lo que hace a los artificios desplegados y a su capacidad de engañar a la víctima, no es posible hacer generalizaciones; debe, al contrario, estudiarse cada situación para determinar si los mecanismos utilizados por el actor lograron engañar a la víctima habida consideración de sus condiciones personales y de las circunstancias que rodearon el hecho; el ardid empleado por el estafador para engañar a una persona, puede no surtir efecto alguno respecto de otro”.

Como quiera que todos nosotros somos bombardeados de una u otra forma por la televisión en donde también se exhiben la gran variedad de artículos para adelgazar y perder kilos en horas, “engordar saludablemente”, blanquear los dientes en unos segundos, hacer ejercicio sin sentir cansancio, adquirir potencia sexual de un joven de 15 años a los seres humanos de la tercera edad, productos capilares que por su calidad requieren de escasas dosis y de resultados que harían crecer la cabellera de Sansón en dos segundos, entre otros; o mejor, quién de nosotros no ha detenido su marcha en alguna calle de la ciudad para observar la escena teatral de un hombre que ofrece toda variedad de productos y sus bondades como la historia narrada en párrafos iniciales del presente artículo?; creo sin lugar a equivocarnos, que hemos sido todos en alguna oportunidad de nuestras vidas engañados con el ofrecimientos de productos y servicios (conducta delictuosa tipificada en el artículo 300 del Código Penal) o hemos sido ESTAFADOS (Artículo 246 ejusdem).

Con base en los anteriores planteamientos, la pregunta jurídica surge *prima facie*: Desapareció o jamás ha existido la teoría civilista en cuanto a una de las formas de viciar el consentimiento como lo es el DOLO en sus manifestaciones

del dolo bonnus en el trámite de las relaciones comerciales?. Ustedes amables lectores tienen la palabra. La discusión está planteada. Eso sí!!, cabe la siguiente recomendación: Debemos cuidarnos de los magos de la ventas no vaya a ser que por comprar un sombrero en donde aparece un conejo y empeñemos en su adquisición todo nuestro patrimonio y el ajeno, nos aparezca una culebra a la cual nos toque rendirle cuentas económicas para evitar su mordedura. “Vade in pace”.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1- Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, sentencia del 5 de mayo de 1992.
- 2- O.P. cit. Tomo III Página 578.
- 3- O.P. cit. Tomo III Página 578.
- 4- Tomos I La criminalidad en la dinámica del tiempo y del espacio y III componentes disposicionales en el engranaje del delito. Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1971.
- 5- Volumen 10, editorial temis, 1954, página 262, tratado sobre derecho penal.
- 6- Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, sentencia del 16 de enero de 1953.
- 7- Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, sentencia del 23 de junio de 1982.
- 8- Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, sentencia del 27 de febrero de 1948.
- 9- Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, sentencia del 16 de diciembre de 1955.
- 10- Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, sentencia del 16 de diciembre de 1955.
- 11- Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, sentencia del 7 de noviembre de 1961.
- 12- Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, sentencia del 25 de abril de 1962.
- 13- Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, sentencia del 14 de mayo de 1963.
- 14- Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, sentencia del 14 de mayo de 1963.
- 15- Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, sentencia del 25 de abril de 1969.
- 16- Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, sentencia de 1958.

REQUISITOS LEGALES ESENCIALES PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y SU APLICABILIDAD FRENTE AL ARTÍCULO 410 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL

*Por: Alberto Diettes Luna
Abogado - Catedrático*

INTRODUCCIÓN

La corrupción administrativa, como uno de los más devastadores flagelos que afronta nuestra sociedad, ha encontrado terreno fértil en la contratación estatal, porque en lugar de servir al cumplimiento de los fines previstos en la Carta Política – prevalencia del interés general (Art. 1) y proclamación de un orden justo (Art. 2) –, ha sido utilizada de manera inescrupulosa por servidores públicos y particulares para su beneficio particular y consiguiente enriquecimiento ilícito.

No obstante, la acción de los diferentes órganos de control (Fiscalía, Procuraduría, Contraloría) no ha logrado erradicar la corrupción administrativa originada en la contratación estatal, todo lo contrario, ha ido en aumento de manera progresiva y considerable. Ha contribuido a ello, que el legislador equivocó el camino escogido para erradicar el problema, porque la ley 80 de 1993 al ser reglamentada en múltiples ocasiones por decretos y resoluciones, no cumple su fin de ser estatuto único y menos de servir de instrumento de fácil comprensión para el conglomerado social.

Sin embargo, ante el incremento de los focos de corrupción que ha alcanzado las más altas esferas del nivel central, el gobierno nacional expi-



dió el decreto 2170 de 30 de septiembre de 2002 que contiene medidas para combatirla reglamentando una vez más la ley 80 de 1993, modificando el decreto 855 de 1994 de contratación directa y dictando otras disposiciones en aplicación de la ley 527 de 1999, buscando combatir las modalidades más frecuentes de celebración indebida de contratos. Igualmente, expidió la directiva presidencial número 12 de octubre 1 de 2002 dirigida a los ministros, directores de departamentos administrativos, superintendentes, directores de unidades administrativas y directores, gerentes y presidentes de entidades centralizadas y descentralizadas del orden nacional implementando lineamientos, criterios, medidas y acciones de corto y mediano plazo, que deberán cumplir las entidades públicas en materia de lucha contra la corrupción en la contratación estatal, buscando garantizar la transparencia en los procesos de selección de contratistas; generar instancias de participación de la comunidad a través de veedurías ciudadanas; señalar el alcance de los principios y deberes previstos en la ley de contratación, especialmente el de selección objetiva.

Sumado a las prácticas deshonestas de los servidores públicos y particulares existe la problemática surgida a nivel doctrinal y judicial referida a establecer con claridad cuales son los requisitos legales esenciales que deben tener en cuenta los servidores públicos encargados de cumplir con las disposiciones normativas y los particulares que participan de una u otra manera en la celebración de contratos con el Estado, porque el Art. 410 de la ley 599 de 2000 (Art. 146 del Código Penal de 1980), establece la conducta punible de “celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales”.

Igualmente, se ha discutido en el ámbito nacional si la vulneración de los principios que rigen la contratación estatal da lugar a la conducta punible reseñada en antecedencia, o si por el contrario, difieren los principios con los requisitos legales esenciales.

1. Características de los tipos penales de celebración indebida de contratos.

Buscando dilucidar qué requisitos legales son esenciales para contratar y cuya omisión darían lugar a responsabilidad penal de los servidores públicos y de los particulares, se hace necesario reseñar algunos rasgos que caracterizan las modalidades delictivas consagradas en el capítulo de "celebración indebida de contratos".

1.1. Tipos penales abiertos

Alfonso Reyes Echandía sostiene que son abiertos aquellos tipos en los que se describe escuetamente la conducta o se menciona solamente el resultado, sin precisar en el primer caso, las circunstancias en que tal conducta ha de realizarse, ni indicar en el segundo la modalidad del comportamiento que ha de producirlo. Se contraponen con los tipos cerrados, que son aquellos que concretan circunstanciadamente la conducta o señalan no solamente un resultado sino la forma como ha de producirse, de tal manera, que si el comportamiento de la gente no se realiza de la manera como se describe en el tipo no es posible subsumirlo en él.

1.2. Tipos penales en blanco

En el Código Penal, lo normal es encontrar descripciones por parte del legislador de tipos completos, es decir, que contienen integralmente todos los aspectos relativos a las conductas reprochables y punibles. Sin embargo, la complejidad del mundo moderno lleva a que el legislador eventualmente diseñe tipos incompletos, ante las dificultades de la ciencia penal de abordar de manera integral determinadas conductas¹, denominados tipos penales en blanco.

Se trata de normas penales cuya característica es la de que en ellas la conducta no aparece completamente descrita, en cuanto en el legislador se remite al mismo y otros ordenamientos jurídicos para actualizarla y concretarla. Son conductas definidas por el legislador de manera genérica, cuya especificación corresponde a otras áreas del derecho, para el caso de la celebración indebida de contratos, básicamente al derecho administrativo, civil y comercial, conforme lo establece el Art. 13 de la ley 80 de 1993 cuando habla de la normatividad aplicable a los contratos estatales.

La integración de estos tipos puede ser realizada por el propio legislador o por una autoridad de inferior categoría perteneciente a una cualquiera de las ramas del poder público, siempre que se trate de una norma legal de carácter general. Le corresponde al interprete y en particular al juez, realizar todo el proceso de integración normativa, de manera tal que se le proporcione al tipo penal el contenido que legalmente le corresponde.

La existencia de esta modalidad de tipo penal en blanco es perfectamente válida, ajustada a la Constitución Nacional, no se opone al principio de legalidad y es necesaria para el cabal desarrollo de la política criminal del aparato estatal². Son constitucionalmente válidas siempre y cuando sus contenidos se puedan complementar de manera clara e inequívoca, con normas legales precedentes que permitan la correspondiente integración normativa y facilite al interprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente.

Algunos doctrinantes critican la incorporación en el Código Penal de tipos penales en blanco, en la medida en que atenta contra el principio de tipicidad, porque las conductas prohibidas deben ser claras, específicas, en aras de la seguridad jurídica del conglomerado social y no poner en peligro el principio de tipicidad y obviamente, el de legalidad. Pero, dada la complejidad del proceso de contratación estatal resulta difícil para el legislador penal precisar con exactitud todas las conductas constitutivas de ilícito y redactar un tipo penal que contenga definiciones concretas porque se co-

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 127 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 127 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C - 133 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, Sentencia C - 559 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero, Sentencia C - 739 del 22 de junio del 2000 M.P. Fabio Morón Díaz, Sentencia C - 404 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia C - 333 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

rrería el riesgo de dejar por fuera irregularidades o ilegalidades trascendentales, lo que daría lugar a desproteger el interés general y el patrimonio público.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha aceptado la existencia de esta modalidad de tipos penales en el delito de celebración indebida de contratos, al señalar que dada su complejidad es preciso acudir a disposiciones extrapenales que establece el régimen de la contratación de las diferentes entidades administrativas.³

Sin embargo, en la práctica resulta difícil abordar la relación de las normas penales con el derecho administrativo, máxime que la actual ley de contratación estatal, es bastante extensa y compleja y al mismo tiempo, ha sufrido innumerables modificaciones y complementaciones, que para los destinatarios de la ley penal, dificultan su comprensión, alcance y prohibiciones. Términos como, inhabilidades e incompatibilidades, tramitación, aprobación, liquidación o celebración de un contrato, requisitos esenciales del contrato, etc., son conceptos que escapan a la órbita del derecho penal y que requieren su complementación con normas extrapenales.

2. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Esta modalidad consagra que el sujeto activo del delito es el servidor público que en ejercicio de sus funciones desconozca requisitos legales y esenciales en el trámite, celebración o liquidación de un contrato. El sujeto pasivo es el Estado y el objeto material es el contrato en sus diferentes momentos procesales. Se trata de un delito eminentemente doloso y la conducta se ve reflejada en los verbos rectores tramitar, celebrar o liquidar contrato sin el cumplimiento de tales requisitos. Lo que se pretende reprimir en esta conducta punible es el desconocimiento del cumplimiento de los requisitos legales esenciales pertinentes en la actividad contractual, reseñados en la actual ley 80 de 1.993.

La doctrina y el aparato judicial siempre ha discutido acerca de si los principios consagrados en la ley 80 de 1993 afectan el bien jurídico tutelado de la administración pública por ser constitutivos del delito de celebración indebida de contratos en caso de ser desconocidos. El más alto Tribunal de Justicia en materia penal precisó que

las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas actuaciones las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.⁴

3. Determinación de los requisitos legales esenciales a respetar en la contratación estatal.

Dado que el Art. 410 del Nuevo Código Penal – ley 599 de 2000 – establece como elemento estructurante de la conducta punible la vulneración de requisitos legales esenciales, resulta necesario precisar aquellos requisitos que ostenten el carácter de esenciales para el trámite, su celebración y liquidación, toda vez que existen otros requisitos, considerados no esenciales por ser apenas de la naturaleza del contrato. Los primeros, son aquellos sin los cuales el acto o contrato no llega a tener existencia y los segundos, son aquellos que se entienden pertenecerle, sin necesidad de cláusula especial. Además de los elementos esenciales y de los elementos de la naturaleza del acto o contrato, existen otros que son meramente accidentales, ya que sólo se entienden como parte del acto, si así se acuerda en estipulación contractual, como ocurre con la cláusula penal o la multa.

De tal manera, que el operador judicial debe realizar un análisis pormenorizado de las normas que conforman la ley 80 de 1993, sus decretos y resoluciones reglamentarios, con la finalidad de establecer aquellos requisitos que se consideran esenciales para el trámite del contrato, su celebración y liquidación y cuya inobservancia generará responsabilidad penal.

Situación, que no resulta nada fácil, por la misma dispersidad de las normas que regulan el contrato estatal, conllevando inseguridad jurídica para los servidores públicos y particulares que intervienen de alguna forma en el proceso contractual por lo que se hace necesario recorrer la base normativa aplicable a este negocio jurídico estatal para evaluar cada una

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto de 13 de junio de 1991, M.P. Edgar Saavedra Rojas.

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de diciembre 19 de 2000 M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

de las exigencias contenidas en sus disposiciones, extrayendo aquellas que puedan catalogarse como requisitos legales esenciales.

Es de anotar, que la Honorable Corte Constitucional puntualizó que "...los requisitos esenciales que deben observarse en la celebración de contrato, pueden ser anteriores (por ejemplo, pliego de condiciones), concomitantes (la adjudicación) o posteriores (aprobación, formalización escrita) al acuerdo de voluntades del Estado y el contratista".⁵ Lo anterior, debido a que la protección penal es integral, en cada una de las etapas de formación, suscripción, ejecución y liquidación del contrato, destacándose una etapa precontractual conformada primordialmente por la formación del contrato y selección del contratista, una etapa contractual (suscripción y ejecución) y una etapa de liquidación del contrato estatal.

Así las cosas, se entrará a analizar, en primer lugar cuáles son los requisitos legales esenciales para el trámite de un contrato; en segundo lugar, los requisitos legales esenciales para su celebración, y en tercer lugar, los requisitos legales esenciales para la liquidación del mismo, a los cuales hace referencia el Art. 410 de la ley 599 de 2000, destacando que dicha norma no hace alusión a los requisitos legales esenciales para la ejecución del contrato, porque no contiene este presupuesto, aunque si se hace una interpretación sistemática de la normatividad administrativa, debe entenderse fácilmente, que está incluida dentro de la etapa de celebración, porque se repite, la protección que ha querido el legislador penal en esta materia es integral, de manera, que desde el inicio hasta el final de la actividad contractual se respete una serie de requisitos esenciales para el cumplimiento de los fines generales y específicos del Estado.

3.1. Requisitos legales esenciales para el trámite de un contrato estatal.

En el inicio de la actividad contractual juega papel fundamental el principio de planeación o de planificación aplicado a los procesos y actuaciones relacionados con los contratos estatales, al guardar relación con los principios del interés general y la legalidad, toda vez que la contratación administrativa, no puede ser producto de la

improvisación porque si así fuera resultaría afectado el patrimonio público además del bienestar colectivo.

Si bien es cierto que el legislador no tipificó la planeación expresamente en el texto de la ley 80 de 1993, como uno de los principios rectores en la contratación estatal, su existencia e importancia es básica, si se mira a los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución de 1991 y los Art. 25, 26 y 30 de ley 80 de 1993, preceptuando que para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines es-



tatales, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de la comunidad.

3.1.1. Elaboración de proyectos, estudios y diseños.

El inciso 1 numeral 12 del Art. 25 de la ley 80 de 1993 precisa que con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma de contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos que se re-

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 949 de Septiembre 5 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

quieran cuando la complejidad técnica del objeto a contratar así lo exija. Lo anterior obedece a que no todos los contratos de las entidades estatales requieren de profundas exigencias de carácter técnico, como es el caso de la prestación de servicios personales de asesoría.

Ahora bien, tales estudios no deben ser superficiales o incoherentes ni generar dudas en cuanto al objeto a contratar ni tampoco elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzca a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de las entidades o servidores públicos, como lo expresa el numeral tercero del Art. 26 de la ley 80 de 1993.

3.1.2. Existencia de las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

El numeral sexto del Art. 25 de la ley 80 de 1993 preceptúa que las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales. Se trata de un requerimiento previo de orden presupuestal, que constituye a todas luces un requisito legal para iniciar la actividad contractual.

Exigencia establecida igualmente en el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, concretamente en su Art. 71, según el cual todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiaciones suficientes para atender estos gastos. Igualmente dichos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a otros fines. En consecuencia, ninguna actividad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso de saldo disponible, para comprometer vigencias futuras.

En el evento, que la ejecución del contrato rebase la vigencia fiscal y su pago no haya sido garantizado con cargo al presupuesto de la vigencia en el cual fue celebrado, deberá contar con las autorizaciones necesarias para comprometer vigencias futuras, y en caso contrario, que se constituyan las reservas presupuestales o las cuentas por pagar con los compromisos vigentes al finalizar cada año para poder realizar los pagos en la siguiente vigencia.



3.1.3. Examen de la conveniencia y oportunidad para iniciar el proceso contractual.

El numeral séptimo del Art. 25 de la ley 80 de 1993 señala que la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar se analizará con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según la modalidad del contrato.

Este juicio a cargo de la administración es de vital importancia, toda vez que está en juego el interés general y por ende la posibilidad que el patrimonio público resulte notoriamente afectado. Este análisis debe estar sustentado en razones técnicas y verificables y debe estar alejado de los caprichos personales del servidor público como ordenador del gasto. No puede confundirse este estudio previo con la arbitrariedad en la adopción de decisiones porque se debe propender por el bienestar de la comunidad.

El estatuto contractual vigente es exigente en cuanto a la existencia del análisis de conveniencia y oportunidad, para el evento de la apertura de la licitación pública (numeral primero Art. 30 *ibídem*) y para el caso, del con-

trato de prestación de servicios (numeral tercero Art. 32 ley 80 de 1993), dado que el jefe de la entidad deberá fundarse en razones ciertas para llevar a cabo la contratación, ante la carencia de personal de planta o de suficiente personal especializado para cumplir las finalidades de la entidad.

Por su parte el artículo 8 del decreto 2170 de 2002 establece que los estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán contener como mínimo la siguiente información: la definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación; la definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño; las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo; el soporte técnico y económico del valor estimado del contrato y finalmente, el análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia, el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista.

3.1.4. Análisis de los precios reales del mercado.

Compete a la administración el establecimiento previo al inicio de los procesos de selección y firma del contrato, de los precios reales del mercado, buscando un precio favorable para la entidad. Tales precios deben coincidir con la realidad de las cosas, de manera, que aquellos artificialmente bajos se encuentran proscritos en el derecho colombiano y generan responsabilidad para los contratistas.

De allí, que el numeral sexto del Art. 26 de la ley 80 de 1993, consagra que los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato, buscando eliminar a uno o varios competidores. Igualmente, como sanción para el contratista, el párrafo primero del Art. 12 del decreto 855 de 1994, reglamentario de la ley 80 de 1993, precisó que producida la declaratoria de desierta de una licitación o concurso, no se podrá contratar directamente con aquellas personas que hubieren presentado en dicha licitación propuestas que la

entidad hubiere encontrado artificialmente bajas. En idéntico sentido, el artículo 16 parágrafo 1 del decreto 2170 de 2002.

Ha de recordarse, que la ley 598 de 2000 creó el sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal y el catálogo único de bienes y servicios, y el registro único de precios de referencia de los bienes y servicios de uso común en la administración pública. De suerte, que existe la función para los servidores públicos de consultar dicho registro como punto de referencia, mas no porque los precios sean obligatorios.

Significa lo enunciado, que el precio o valor del contrato, no puede ser mayor o menor a lo que realmente el bien, servicio, suministro, vale en el mercado.

El artículo 6 del decreto 2170 de 2002 establece que la consulta de precios o condiciones del mercado en los procesos de selección, se surtirá a través del Registro Único de precios de Referencia, debiendo tener en cuenta la entidad los valores de fletes, seguros y demás gastos en que deba incurrir el proveedor para la entrega de los bienes o servicios, así como las condiciones de pago, volúmenes y en general, todos aquellos factores que afecten el precio del bien o del servicio.

3.1.5. Obtener las licencias, permisos y autorizaciones requeridas.

Esta obligatoriedad para la administración se deduce de la lectura del numeral séptimo del Art. 25 de la ley 80 de 1993, cuando de manera expresa señala que las autorizaciones o aprobaciones para desarrollar el objeto contractual deberán impartirse con antelación al inicio de los procesos de selección o a la firma del contrato. La iniciación de un proceso contractual sin la obtención de los correspondientes permisos o licencias no sólo acarrea sanciones de carácter pecuniario sino también afectaciones patrimoniales, cuando por la ausencia de estas licencias, la ejecución de los objetos contractuales debe paralizarse, afectando la ecuación contractual en detrimento de los intereses del contratista y generando mayores costos en el contrato.

Adicional a lo anterior la Constitución Política de 1991 en los Art. 300 numeral 9 y 313 numeral tercero, establece que determinadas autoridades (alcaldes y gobernadores), deben contar previamente con permisos de las Corporaciones de elección popular (Asambleas departamentales y Con-

cejos municipales) para la celebración de contratos. Autorización que puede ser general para toda clase de contratos o particular, según lo determine la respectiva corporación.

3.1.6. Elaboración de pliegos de condiciones, términos de referencia y solicitudes de oferta.

La exigencia de elaboración previa de los pliegos de condiciones, términos de referencia y solicitudes de oferta, se desprende de los Art. 24 numerales 5 y 6; Art. 25 numerales 1 a 3; Art. 26 numeral 3; Art. 29; y Art. 30 numeral 2 de la ley 80 de 1993 y de los Art. 2 y 3 del decreto 855 de 1994.

Resulta vital que la administración establezca los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección del contratista, de manera, que quienes deseen ofrecer sus bienes o servicios a la entidad estatal lo hagan en condiciones de igualdad. Todo criterio subjetivo, coloca en riesgo el proceso de escogencia de uno o varios posibles proponentes y en cierta manera, ata el resultado de la selección.

El estatuto contractual, enfatiza, que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria desierta de la licitación o concurso.

Resulta necesario definir reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas, y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad. Además, deben establecerse los plazos que se estime convenientes para la liquidación del contrato al igual que los procedimientos y etapas que se consideren necesarios para la escogencia del contratista.

De conformidad con lo previsto en el decreto 2170 de 2002, las entidades buscarán que en los factores de escogencia en los procesos de selección de contratistas se privilegien las condiciones técnicas y económicas de la oferta. La capacidad jurídica y las condiciones del oferente relacionadas con su capacidad administrativa, operacional y financiera, así como su experiencia, no podrán ser utilizadas para otorgar puntaje; serán factores habilitadores para la participación en un determinado proceso de selección, con lo cual se limitará la posibilidad de diseñar procesos a la medida.

En aquellos casos en que la contratación de las entidades tenga por finalidad la adquisición o suministro de bienes con características informes, el factor principal para la selección será el menor precio y la garantía. Para la contratación de servicios especializados los factores de selección serán la experiencia, la oferta técnica y el menor precio.

3.1.7. Registro en la Cámara de Comercio y certificado de cumplimiento de obligaciones tributarias para el proponente.

Todas las personas que aspiren a celebrar contratos de obra, consultoría, suministro y compra – venta de bienes muebles deberán inscribirse en la Cámara de Comercio, donde serán calificadas y clasificadas (Art. 22 ley 80 de 1993 y decreto 856 de 1994). No se requiere este registro en los casos de contratación de urgencia manifiesta, contratación de menor cuantía, contratación para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, contratos de prestación de servicios, de concesión de cualquier índole y de adquisición de bienes cuyo precio se encuentra regulado por el gobierno nacional.

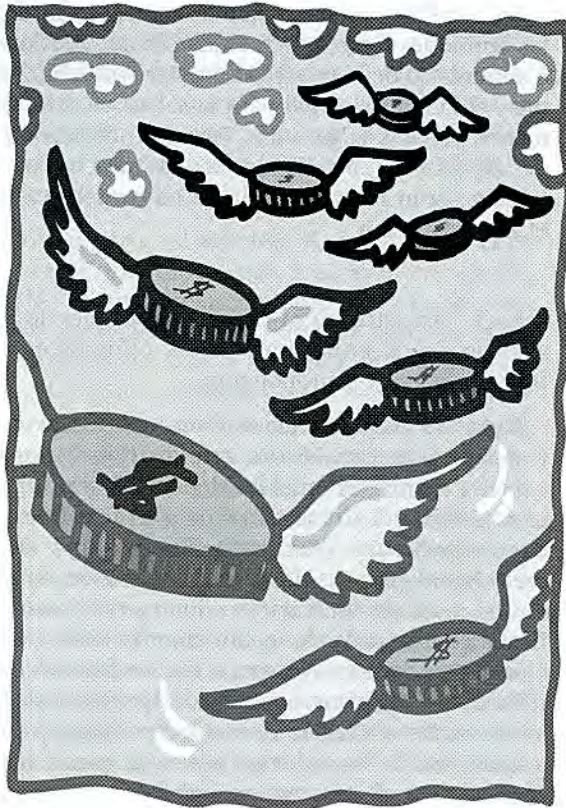
Igualmente el Art. 70 de la ley 617 de 2000, establece que ninguna entidad estatal podrá contratar con quien aparezca como deudor en mora en las bases de datos de la DIAN y en aquellas que las entidades territoriales establezcan a través de sus organizaciones gremiales.

3.2. Requisitos legales para la celebración de un contrato estatal.

Para la celebración de un contrato estatal, existen requisitos legales en cuanto: a. la existencia del contrato estatal; b. condiciones de validez o legalidad del mismo y c. la entrega de anticipos o el pago anticipado.

3.2.1. Requisitos legales de existencia del contrato estatal.

El Art. 1501 del Código Civil y los Art. 39 y 41 inciso 1 de la ley 80 de 1993 establecen especiales formalidades y solemnidades para la existencia del contrato. De allí, que los contratos que celebren las entidades estatales deberán, sin falta, estar contenidos en un escrito debidamente firmado por las partes, donde se



consigne el acuerdo logrado en torno al objeto, la contraprestación y los demás elementos propios del negocio jurídico que se celebra.

La única excepción a la prueba escrita de la existencia de un contrato es la señalada en el Art. 41 de la ley 80 de 1993, que permite que en las situaciones de urgencia manifiesta y que no sea posible la suscripción de contrato éste se haga de manera verbal entre las partes.

Igualmente, el Art. 39 de la ley 80 de 1993, precisa que los contratos del Estado no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes e inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

3.2.2. Requisitos de validez del contrato estatal.

El interprete y el operador judicial, además del contenido de las normas del derecho privado (civil y comercial) debe observar las exigencias que las normas contractuales del Estado establecen para los contratos, al predominar el interés general frente a la autonomía de la voluntad.

3.2.2.1. Capacidad o competencia para contratar.

Para que las entidades estatales puedan actuar con plena validez se requiere que sea plena y legalmente capaz, esto es, poseer la aptitud de ser sujeto de adquirir y ejercitar derechos, así como de contraer obligaciones de manera directa. Sinónimo de concepto de capacidad es el término de "competencia" para celebrar, ejecutar y liquidar contratos estatales.

Así mismo, a la par del análisis de la capacidad contractual del ente jurídico como tal es necesario que al iniciar el proceso contractual se analice la competencia que la ley le atribuye a los servidores públicos dentro de cada entidad estatal para efectos de los negocios jurídicos de la misma.

El Art. 11 numeral primero de la ley 80 de 1993 preceptúa que la competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, requisito esencial del contrato que permitirá de cierta manera deslindar la responsabilidad penal cuando se utilice los mecanismos de delegación y desconcentración de la competencia de los servidores públicos para comprometer contractualmente a las entidades estatales.

3.2.2.2. Consentimiento en el contrato estatal.

El consentimiento constituye requisito esencial para la existencia del contrato y más que un requisito de validez del contrato es un presupuesto lógico para su existencia. En el contrato del Estado, al igual que en los de derecho privado, la voluntad debe estar exenta de vicios perturbadores de su validez.

3.2.2.3. Objeto en el contrato estatal.

En el contrato el objeto debe ser real, determinado, lícito, es decir, debe ser cierto, tener real y verídica existencia, ser concreto con el fin de viabilizar su ejecución y ser acorde con el ordenamiento jurídico.

3.2.2.4. Causa en el contrato estatal.

La causa de los contratos estatales al igual que la de los de derecho privado debe ser lícita, es decir, que el motivo que induce al acto o contrato debe ser acorde al ordenamiento jurídico y a los propósitos que este persigue.

3.2.3. Requisito en cuanto a la entrega de anticipos o pago anticipado.

Requisito legal esencial para la celebración de cualquier contrato estatal es la limitación a que se sujeta la entrega de anticipos o el pago anticipado para la ejecución del correspondiente contrato.

En la directiva Presidencial número 12 de 2002 el Presidente Álvaro Uribe Vélez dispuso que, salvo casos excepcionales plenamente justificados y motivados, las entidades no pactarán pagos anticipados, esto es, pago de honorarios con anterioridad a la entrega a satisfacción de los productos contratados de conformidad con los plazos pactados para el efecto.

Para el caso de anticipos, esto es, la entrega de dinero público al contratista que le permita comenzar la ejecución contractual, se establece como criterio que la entrega de recursos se realice utilizando instrumentos financieros que aseguren el manejo transparente de los recursos y su destinación exclusiva al contrato (Art. 7 de decreto 2170 de 2002).

Con el fin de asegurar el uso apropiado de estos recursos y la destinación exclusiva a los proyectos, se ordena que los recursos entregados a título de anticipo, se manejen en cuenta separada a nombre del contratista y de la entidad estatal. De igual manera se deberá estipular en los contratos estatales que la entidad pública contratante es la propietaria de los recursos entregados en calidad de anticipo y en consecuencia que los rendimientos financieros que los mismos generen pertenecen al tesoro público.

3.2.4. Las cláusulas excepcionales y el régimen de garantías.

Estas figuras jurídicas pueden calificar como requisitos legales esenciales o simplemente de la naturaleza del contrato estatal, dependiendo de la modalidad contractual escogida por la administración para satisfacer las necesidades del conglomerado social.

Conforme a lo dispuesto en el Art. 14 de la ley 80 de 1993 las entidades estatales para celebrar un contrato tienen que definir el régimen de excepción aplicable al mismo. A partir de este concepto se pretende dotar a las entidades estatales de instrumentos por fuera del marco de igualdad para disciplinar el cumplimiento del objeto del contrato. Deben ser en verdad excepcionales y por lo tanto, no de aplicación generalizada para todos los contratos que celebren las entidades estatales.

No obstante, debe aclararse que existen contratos en los que es inevitable entender incorporadas las cláusulas excepcionales; otros en que es facultativo establecerlas y aquellos en que no procede ningún tipo de cláusulas excepcionales. De suerte, que en los primeros, constituyen requisito legal esencial que debe ser observado en la celebración del contrato, mas no en el segundo grupo por ser discrecional (Art. 14 inciso segundo numeral segundo ley 80 de 1993).

Siempre y necesariamente, existirán cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.

El legislador en su Art. 14 inciso primero numeral segundo estableció que a falta de estipulación normativa en el contrato, de la cláusula excepcional, por mandato legal, se entienda incorporada a diferencia de los contratos de suministro y prestación de servicios donde para su procedencia debe estar contemplada en forma expresa.

En cuanto al régimen de garantías, debe señalarse que la ley 80 de 1993 observa tres garantías propias del contrato estatal. La primera, de carácter precontractual, hace relación a la garantía que se debe ofrecer durante el trámite del contrato, cuyo objeto es el de la seriedad de las propuestas que se le presenten a las entidades estatales y que tienen por finalidad indemnizar a la entidad contratante por los perjuicios que se derivan del incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato en caso que se le adjudique al contratista.

La segunda, se refiere a la garantía de cumplimiento que es, la garantía única del contrato estatal y que busca en especial cubrir los

riesgos que correspondan a las obligaciones y prestaciones del respectivo contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado advirtiéndolo que la vigencia de la garantía se entenderá hasta la liquidación del contrato y la prolongación de sus efectos, y tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocación unilateral. La tercera, es la garantía de responsabilidad civil, que pretende cubrir los riesgos que pueda correr la administración frente a terceros con ocasión de la ejecución del contrato.

Debe recordarse, que las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros. Las entidades estatales podrán exonerar a las cooperativas de trabajo asociado legalmente constituidas de otorgar garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, la cuantía y la modalidad de los mismos, lo justifique. Igualmente, en los contratos de menor cuantía y que no requiera de formalidades plenas, la entidad estatal determinará la necesidad de exigir la garantía única y podrá prescindir de ella cuando no exista riesgo para la entidad estatal (Art. 8 de decreto 855 de 1994).

Ahora bien, debe advertirse, que en la celebración del contrato existen otros requisitos estructurales derivados de la autonomía de la voluntad pero que no alcanza a tener la connotación de ser esenciales en su celebración. Así, el inciso tercero del Art. 40 de la ley 80 de 1993 precisa que en los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios de la ley de contratación estatal y a los de la buena administración.

Se trata de verdaderos elementos accidentales del contrato, es decir, elementos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen y que se pactan a través de cláusulas especiales, que en estricto sentido no son de origen legal como para ser consideradas como requisitos legales esenciales del contrato.

3.3. Requisitos legales para la ejecución del contrato estatal.

Aunque el Art. 410 de la ley 599 de 2000 al tipificar el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales hace referencia a su incumplimiento al momento de su tramitación, su celebración y la liquidación del mismo y no hace referencia al momento de ejecución del contrato, debe considerarse, que estos pertenecen a la etapa de celebración, como quiera que a diferencia del derecho administrativo, la protección penal es integral, total, de suerte, que el juicio de reproche ha de hacerse en la etapa precontractual, de formación del contrato y selección del contratista, en la etapa contractual y en la etapa de liquidación.

De allí la importancia de la sentencia C - 949 de septiembre 5 de 2001 de la Corte Constitucional, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández que puntualiza que los requisitos esenciales que deben observarse en la celebración de contratos pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores.

Quiere el legislador colombiano que todo desarrollo efectivo del objeto del contrato, esté precedido del cumplimiento de precisos requisitos legales, sin los cuales el contrato no puede ejecutarse así ya tenga existencia. Por ello, el Art. 41 inciso segundo de la ley 80 de 1993 en concordancia con su parágrafo tercero, establece para que el contrato perfeccionado pueda surtir efectos jurídicos y se ejecute su objeto requiere de la aprobación de garantías, la existencia de disponibilidad presupuestal, el registro presupuestal y su publicación en el diario oficial o gaceta correspondiente (Art. 59 de la ley 190 de 1995).

3.4. Requisitos legales esenciales para la liquidación de un contrato estatal.

A través de la liquidación de los contratos se busca establecer el equilibrio final en las relaciones suscitadas entre la entidad estatal y el contratista, con el objeto de dejar niveladas las prestaciones y derechos surgidos del negocio jurídico. En otras palabras se trata de mantener el equilibrio económico tanto para el Estado como para el contratista.

Pareciera indicar el Art. 60 inciso primero de la ley 80 de 1993 que todo contrato debe ser objeto de liquidación. Sin embargo, este entendimiento es equivocado, porque sólo aquellos contratos en que al terminar su ejecución suscitan diferencias deben ser liquidados, de tal manera

que si no se hace, se estaría cometiendo el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales en la etapa de liquidación.

Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonga en el tiempo y todos los demás que así lo requieran, deberán ser liquidados una vez lo hayan acordado las partes. La liquidación se prevé en dos casos: el primero, dentro del tiempo establecido en los pliegos de condiciones o en el propio contrato y el segundo, en los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato, a su terminación unilateral por parte de la entidad o por mutuo acuerdo de las partes. Para la legalización de la liquidación se deberá realizar un acta que contendrá los acuerdos, conciliaciones y transacciones que permitan la declaratoria de paz y salvo.

Ahora bien, el régimen de garantías adicionales que surgen de la liquidación de contrato no es de carácter discrecional. Se trata de un requisito esencial, imperativo y vinculante para la administración, cuando el objeto del contrato obligue a que se garantice, por ejemplo la estabilidad de la obra, la calidad del bien o servicio, el pago de salarios o prestaciones, o la responsabilidad civil.

Cualquier contrato respecto del cual se hubieren violado requisitos legales esenciales en su trámite pre - contractual, celebración y ejecución, viciados de nulidad absoluta, y seguramente generadores del delito consagrado en el Art. 410 de la ley 599 de 2000, no pueden quedar en situación de indefinición por la configuración de una de estas hipótesis y debe ser liquidado.

Finalmente, se debe resaltar que los requisitos hasta aquí señalados corresponden a los genéricos en el proceso de contratación estatal, pero además, la ley 80 de 1993, los decretos reglamentarios y hoy en día, especialmente el decreto 2170 de 2002 y la directiva presidencial n° 12 de 2002, establecen requisitos específicos para determinada clase de contratos cuya inobservancia dará lugar a la conducta punible consagrada en el artículo 410 de la ley 599 de 2000.

El Gobierno nacional pretendiendo erradicar la corrupción administrativa a todo nivel expidió normas y directrices que buscan hacer más exigentes ciertas modalidades contractuales, como son, la contratación de prestación de servicios profesionales, los contratos interadministrativos con cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, los contratos con organismos multilaterales etc,

en donde se ha visto el mayor foco de corrupción y de desangre del erario estatal y cuyo acatamiento resulta forzoso.

BIBLIOGRAFÍA

- ARBOLEDA VALLEJO, Mario y RUIZ SALAZAR, José Armando (2001). Manual de Derecho Penal Tomo II, Parte Especial conforme con el nuevo Código Penal, Editorial Leyer, Bogotá.
- IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto y BARBOSA CASTILLO, Gerardo (1996). "El Sistema Penal y la Contratación Estatal" en régimen de contratación estatal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- PABON PARRA, PEDRO ALFONSO (2000). Manual de Derecho Penal . Editorial Leyer, Bogotá .
- REYES ECHANDIA, Alfonso (1979). La Tipicidad, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal, Editorial Leyer, Bogotá.

PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 127 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C - 133 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C - 559 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C - 739 del 22 de junio del 2000 M.P. Fabio Morón Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C - 333 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C - 404 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 949 de Septiembre 5 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto de 13 de junio de 1991, M.P. Edgar Saavedra Rojas.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de diciembre 19 de 2000 M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

EFICACIA E INEFICACIA DE LOS ACTOS PROCESALES EN EL DERECHO PENAL

Por: Juan Carlos Mantilla Ronderos
Abogado - Catedrático

Presenta grandes dificultades la formulación de una teoría de la ineficacia de los actos procesales y más aún si estudiamos los requisitos indispensables que permiten su total comprensión. La clasificación de eficaz e ineficaz del acto, sólo la podemos entender frente a fenómenos, hechos, sucesos o circunstancias concretas relacionándolas con el fin que se pretende y con los valores que le son propios; de tal forma que la eficacia o ineficacia de los actos procesales se refiere estrictamente a la finalidad y la función del proceso penal.

El proceso penal no implica el solo estudio de la comisión de un delito y la imposición de una consecuencia jurídica, llamada sanción, como resultado del comportamiento desviado realizado por una persona natural, denominada sujeto activo, no; la existencia del proceso penal y en sí su estructura responden a unos principios de carácter sustancial que de manera directa constituyen la base de la ineficacia de los actos procesales.

El proceso en general y más aún el proceso penal, en esencia, es una sucesión de pasos, funcionalmente encadenados y teleológicamente dirigidos a su fin, su estructura concuerda con la de un método, que sirve de instrumento para la eficacia del derecho sustancial y su finalidad es establecer una realidad histórica teniendo siempre en cuenta el respeto a los derechos humanos fundamentales de quienes son partes dentro del mismo. El proceso penal, si bien es una sucesión de actos dispuestos por el legislador, su fi-



nalidad radica en la protección de los derechos fundamentales de quienes son partes, aplicando de manera recta el derecho sustancial.

Algunos tratadistas de este ramo del derecho sostienen que el objeto del proceso penal es la efectiva imposición de una pena a la persona o personas que han ejecutado una conducta punible. Si bien éste es uno de los fines del proceso penal, se considera que el más importante de ellos es el aportarle al juez unas bases necesarias para que le dé una correcta interpretación y aplicación al derecho sustancial. Esta noción del proceso penal recoge los fallos condenatorios, reconoce las causales excluyentes de responsabilidad y el restablecimiento del derecho; visto así un proceso penal, podemos decir que éste no sólo concluye de manera acertada con la sentencia condenatoria; también es exitoso el proceso cuando en él se resuelven cuestiones que se le han puesto a consideración del funcionario judicial.

Una vez analizada la noción del proceso penal y comprendida la esencia del mismo, resulta indispensable distinguir la finalidad de la pena, la finalidad del derecho penal y del proceso penal, aclarando que estos conceptos son complementarios el uno del otro, aunque su orientación tiene propósitos bien distintos.

Una de las finalidades del proceso penal, es determinar en él, si existió la conducta punible, vale decir, si el delito se consumó o no, si la respuesta es afirmativa, se debe buscar, indagar,

quién fue el autor o autores del comportamiento desviado, así como debemos determinar quiénes son partícipes, para que cada uno de ellos responda por el comportamiento adoptado en la ejecución de la conducta. La consecuencia lógica es la imposición de una pena por parte de la autoridad competente. Hasta aquí nos encontramos frente a un proceso que le da dinámica al derecho sustancial.

La eficacia de los actos procesales se determina por la aptitud para contribuir en la obtención de la realidad histórica que servirá de base a la aplicación del derecho sustancial. De acuerdo con lo anterior se puede decir que existen actos procesales inocuos, que en ningún momento conducen a una aplicación cierta del derecho, esta clase de acto será ineficaz para el proceso penal. Entonces, al analizar si un acto procesal es eficaz o no, lo primero que se debe estudiar es su validez frente a la finalidad que persigue el proceso y lo segundo es mirar que ese acto procesal no obstruya ni imposibilite la obtención de las finalidades del mismo.

Con el proceso penal se busca obtener la verdad material. En el afán de encontrar la verdad se pueden realizar actos desmedidos y degradantes de la dignidad humana, a través de la historia se observan trámites procesales que se caracterizan por la utilización de medios que de forma aparente son válidos para obtener la verdad, pero una vez hallada se aplicaba y se imponía una pena a quien se comportaba de manera contraria al ordenamiento jurídico existente, y ello constituía el fin único y posible del proceso. En otras palabras, frente a un delito, el Estado dirigía todo su accionar en busca de mantener el imperio de la Ley y de obtener la verdad sin importar que medio se utilizaba para ello. Esa eficacia de la Ley se ve en la implantación de una pena ejemplar al delincuente para que este no volviera a delinquir y para que la sociedad no realice comportamientos que atenten contra ella.

En épocas pretéritas el rigor de la Ley justificaba la utilización de cualquier mecanismo así este fuera inhumano, excesivo o aberrante, además se daba por cierto que mediante la utilización de estos medios era más fácil llegar a la verdad.

Con la evolución de los modelos de Estado, este que en sus formas primitivas lo que buscaba era mantener el imperio de la Ley, sin importar que se sacrificaran intereses sociales e individuales, pasó con el indeclinable transcurso del tiempo a convertirse en un simple prestador de servicios; la aplicación de la Ley sustancial que en sus co-

mienzos era el único objetivo con consecuencias absolutas, está sometida hoy a la observancia de unas garantías mínimas que impone la dignidad humana.

En un Estado Social de Derecho, como el nuestro, es claro, que ante el imperio de la Ley prevalece el respeto de los derechos fundamentales. Con ello, no se quiere decir que el imperio de la Ley debe quedar rezagado, lo que se quiere manifestar es que en la utilización de los medios coercitivos que posee el Estado para llegar a la verdad, se deben respetar unos derechos supremos que radican en cabeza de cada individuo por el simple hecho de ser humano.

La finalidad del proceso penal es la imposición de una sanción quien ha transgredido la Ley Penal, bajo la concepción del hombre como fin del Estado, de las sociedad y de sí mismo y no como instrumento al servicio del estado o de la misma ley.

De ello debemos concluir que la eficacia de un acto procesal se enmarcaría en la aptitud para establecer una verdad bien sea material o histórica, en que el mencionado acto no sea obstáculo para desentrañar la verdad y que con él no haya violación de derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- BETTIOL, Giuseppe. Instituciones del Derecho Penal y Procesal Penal
- KAUFFMAN, Armin. Teoría de las normas
- NINO, Carlos Santiago. La Validez del Derecho.

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN EL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Por: Martín Toloza Sarache
Estudiante - Derecho USTA

A manera de Introito: “En el mundo hemos conocido a Chioventa y eso es bastante (Piero Calamandrei)”.

La intención que precede el artículo es realizar un somero análisis que determine el fundamento de los elementos de jurisdicción y competencia en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, teniendo como basamento los datos suministrados por la dogmática jurídica procesal italiana, en orden a la superación del proceduralismo y alejar el derecho procesal del servilismo de la técnica para convertirlo en tema de derecho vivo.

El tema sub-examine es recreado en procura de la renovación permanente de esta especialidad jurídica; pues si bien, como lo sostiene el profesor antioqueño Martín Agudelo Ramírez:¹

“ (...) el Derecho Procesal es un saber cuyos contenidos temáticos deben ser sometidos a revisión permanente, evitando de esta forma el dogmatismo (que es diferente a la dogmática jurídica) y cualquier situación de anquilosamiento”, (...).



Se ha criticado que los conceptos de jurisdicción y competencia son aplicados indistintamente a “causa de la impropiedad lexicográfica de nuestras leyes procesales”², confundiendo así el significado de su contenido; de ello no escapa el código procesal del trabajo con la reforma introducida por la Ley 712 de 2001; por ello, es necesario establecer su noción.

1. LA JURISDICCIÓN

La palabra Jurisdicción se forma de Jus y de Dicere, que significa aplicar o declarar el Derecho, por lo que se dice Jurisditio o Jure Dicendo³, su alcance lo entiendo desde la óptica funcionalista en vez de la orientación funcional adscrita al acto Jurisdiccional, como la mayoría de los procesalistas hispanoamericanos: “En Argentina, David Lascano; en Uruguay, Eduardo J. Couture y Enrique Vescovi; en México, Ignacio Medina, Francisco Villalón Igartúa, Jesús Tord Moreno y Oscar Morineau”⁴; en Colombia Hernan Fabio López Blanco, ya que ellos confun-

¹AGUDELO RAMÍREZ, Martín. Filosofía del Derecho Procesal. Ed. Leyer Ltda. Bogotá 2001. Págs. 9-34.

²RAMÍREZ CAMARGO, Gregorio. Curso de derecho procesal laboral. Ediciones librería el profesional 12^a edic. 2001, pág. 47.

³Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas t. V, 17^a edic. Edit. Heliasta, 1981 pág. 41.

⁴BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal 2a edic. Harla S. A. 1995, Pág. 514.

den la función con el fin – así por ejemplo, Eduardo J. Couture, en sus fundamentos de derecho procesal civil, construye su definición desde el contenido mismo del acto jurisdiccional: la forma, el contenido y la función, sosteniendo que el fin de la Jurisdicción es la efectividad del derecho o la continuidad del orden Jurídico – sino, desde aquella orientación derivada del influjo del paradigma funcionalista de la sociología en la cual “la sociedad es un sistema complejo cuyas partes encajan entre sí produciendo el equilibrio y la estabilidad social”⁵, donde cada institución, cumple una función especial – en el Estado Social y Democrático de Derecho de Colombia, cada rama del poder público cumple funciones separadas para cumplir los fines del Estado, artículo 13 Constitucional – que contribuye a la coherencia del sistema.

La Jurisdicción es la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía nacional, –de conformidad con el artículo 3 de la Constitución Nacional, la soberanía reside exclusivamente en el pueblo del cual, emana el poder público– como mandato constitucional y legal, que es ejercido por un órgano concreto y especial. De la norma superior (Art. 116) se desprende que por regla general la función de administrar justicia está confiada a la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, los Jueces y la Justicia Penal Militar.

Siendo una función, lo consecuente es hablar de función jurisdiccional, la que es ejercida por unas autoridades especialmente investidas para administrar justicia. Así lo entiende la norma normarum (Art. 116 y la ley 270 de 1996) que en su artículo 12 establece: “del ejercicio de la función jurisdiccional por la rama judicial”.

La Rama Judicial tiene una función Patente o Manifiesta, la que es pensada y reconocida, y otra latente, impensada y desconocida, ambas contribuyen a la coherencia del Sistema: la primera, hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en la Constitución Política y la Ley, con el fin de realizar la convi-

vencia social y lograr y mantener la concordia nacional (Art. 1 ley 270 de 1.996 en concordancia con el Art. 2 de la C. P.), la segunda: resolviendo de manera responsable, imparcial, autónoma, ágil, eficiente y eficaz los conflictos que surjan entre las personas en general, se contribuye al fortalecimiento de la integración social. Al respecto señala Pabón Parra:

“La función jurisdiccional presupone en nuestro derecho una rama judicial especializada por jueces y magistrados que la ejercen como potestad estatal en todo tipo de procesos, declarando el derecho, juzgando y ejecutando lo juzgado, haciendo cumplir”⁶.

Ahora bien, la jurisdicción es una noción abstracta, y como tal es una sola, es esencialmente única, es perpetua – continua e ininterrumpida, para la Corte Constitucional en sentencia C-893 de 2001 –, inmutable, dada su unicidad, “no existen más funciones en el Mismo sentido”,⁷ no admite divisiones ni clasificaciones, por tanto no puede variar, se mantiene, varía la especialidad del juez o el magistrado (elemento orgánico-material), por tanto es más científico hacer referencia al Juez de acuerdo a la especialidad (Juez laboral, Penal, Constitucional, de Paz...),o del magistrado atendiendo a la naturaleza de la sala, según sea el caso, que referirse a la jurisdicción constitucional, especial, ordinaria o indígena, estableciendo así varias jurisdicciones, tal como lo establece el artículo 12 de la Ley 270 de 1996 y la C.N. en su capítulo Octavo. También la doctrina y la Jurisprudencia es infortunada⁸.

En la contradicción señalada incurre el Código procesal del trabajo y la seguridad social, en sus primeros dos artículos: “la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y seguridad social”; es necesario precisar que en el sentido anotado, sería más científico el código, si éste en vez de referirse a la jurisdicción lo hiciera en torno a los jueces y magistrados (criterio orgánico-material) de la siguiente forma: los jueces y magistrados en sus especialidades laboral y de seguridad social.

⁵ MACIONIS, Joj J. Sociología, Edit. Prentice May, España 1999, pág. 20.

⁶PABON PARRA, Pedro Alfonso. El bien jurídico de la administración de justicia en el Nuevo Código Penal. En: Revista de derecho penal. No. 24. Leyer. Abril-Mayo de 2001, Pág. 65.

⁷ROJAS, Miguel Enrique, Introducción a la teoría del proceso, 1997, Pág. 44. ; También: BEATRIZ QUINTERO, teoría general del proceso. 3a edic. Edit. Temis S. A. Bogota, 2000, Pág. 168.

⁸Véase entre otros : Eduardo J. Couture, Op Pág. 44-45; Enrique Vescovi, Ob cit. Pág. 104-110; Hernando Morales Molina, Ob cit. Pág. 27 y ss; Parra Quijano, Ob cit. Pág. 21 y ss; Hernán Fabio López Blanco, Ob. cit. Pág. 67-72. ; Corte Constitucional, sentencias C-027 de 1993, C-361 de 2001, T-806 de 2000, C-728 de 2000, T-239, T-239 de 2002, T-426 de 2002, en el Consejo de estado la de junio 08 de 2000 sección primera.

Es de tener en cuenta que la competencia también es única, varían los factores determinantes para distribuir la competencia, algunas veces la ley utiliza sólo el factor subjetivo, o solamente el funcional en aquel lugar donde exista un solo juzgado, o con la presencia del territorial según sea el caso.

El artículo segundo (C.P.T.), establece la competencia general, ello a mi parecer genera confusión, porque si tomamos su contradictorio (Dialéctica de Hegel), se haría referencia a la competencia particular o especial. No existe esta clase de competencia, y si existe no la conozco (Ignorantia lege). Se pueden presentar otros grados de competencia como la competencia a prevención, la cual se presenta cuando hay concurrencia de jueces para conocer de un mismo asunto de manera simultánea facultados por ley; o la competencia privativa que es cuando el juez asume el conocimiento de un conflicto de intereses atribuido por ley a varios jueces, excluyendo de su conocimiento a los otros; la competencia exclusiva la que se puede dar por la naturaleza del pleito, la calidad de la persona, o atendiendo a la distribución jerárquica o aquella resultante de un fuero exclusivo: Si el demandante debe citarse a un fuero que excluye necesariamente a los otros”⁹.

En conclusión, por lo expuesto anteriormente el encabezado del artículo 2 (C.P.T.) es impreciso lexicográficamente, es más técnico que se dejara solamente como competencia y no competencia general.

Las autoridades judiciales son las que avocan el conocimiento de asuntos cuando se les ha delegado la competencia, cuando se les ha entregado la “medida de jurisdicción” (Couture), porque, si bien, la competencia es “la medida en que ésta potestad (la jurisdicción) se distribuye entre diferentes autoridades judiciales”¹⁰.

Entonces no es conveniente que el código encabece el capítulo con el rótulo de jurisdicción, cuando la porción objetivada de jurisdicción corresponde a la competencia, por tanto, sería mejor que el capítulo lleve por título competencia y

ESPECIALIZACIÓN EN
Seguridad Social

“La seguridad social, un derecho y un deber”

www.ustabuca.edu.co
E-mail: posderecho@ustabuca.edu.co
Campus de Floridablanca
Teléfono: 6800801 Ext. 2470-2471
Bucaramanga - Santander - Colombia

 UNIVERSIDAD
SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
BUCARAMANGA

⁹CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de derecho procesal civil. Biblioteca clásicos del derecho vol. 6. Editorial Mexicana. México, 1997. Pág. 299. C. S. de J. sala de Casación Civil, sentencia de Julio 9 de 1992, *Ibidem*, auto de enero 20 de 1984, y sentencia del 18 de octubre de 1989.

¹⁰ MATTIROLO, Luis. Tratado derecho judicial. Edit Reus (S.A.) Madrid 1903, Pág. 3.

no jurisdicción, dejando un capítulo segundo referido a los factores determinantes de competencia.

2. FACTORES DETERMINANTES DE LA COMPETENCIA

La competencia es un presupuesto procesal que "permite saber con precisión, a cuál juez dentro del territorio nacional le corresponde conocer de cierto y determinado asunto"¹¹ se distribuye atendiendo a los factores objetivo, subjetivo, territorial, funcional y de conexión (éste es más bien un fuero: *forum conexitatis*)¹²

El factor territorial hace relación al sitio o lugar donde debe adelantarse el negocio y toma en cuenta dos elementos esenciales: las unidades territoriales y los fueros.

A. Las Unidades Territoriales.

Que para efectos judiciales dividen el territorio en "Áreas geográficas dentro de las cuales se administra justicia"¹³, corresponden al territorio de la nación, del distrito o del municipio (Art. 89 Ley 270 de 1996), este último no se toma para el derecho procesal laboral.

A las unidades territoriales se refiere el artículo cuarto in fine del Código procesal del trabajo y la seguridad social, con la particularidad que se les denomina círculo judicial del trabajo (desde antes).

Entonces, como se observa, el artículo cuarto en mención, hace referencia a un elemento del factor territorial determinante de la competencia, razón suficiente para concluir que el encabezado "jurisdicción territorial" debe sustituirse por el de "competencia territorial"; la jurisdicción es una función abstracta, que se ejerce de acuerdo a la constitución y la ley con una teleología especial, la competencia es una noción objetivada, expresamente determinada por la ley.

El artículo cuarto debería pasar a un segundo capítulo, si éste se refiriera a los factores para distribuir la competencia.

B. Los Fueros.

Hoy día el derecho moderno permite que el actor conozca con certeza el lugar donde se puede citar al demandado, en aras de la seguridad jurídica y el orden social: "El actor sabe directamente por ley, cuál es el tribunal ante el cual debe citar al demandado, y la ley al fijar las competencias, se inspira en la libertad e igualdad de las personas ante la ley (Art. 13 C.N.). Al aplicar al proceso este principio, la ley tiene la obligación de repartir de manera proporcional entre demandante y demandado sus garantías"¹⁴.

Para la distribución de la competencia se tienen en cuenta "la presencia de las partes, presencia del bien contenido y presencia de los instrumentos del proceso"¹⁵, a cada una de estas variantes la ley le otorga un criterio determinante denominado fuero competente.

El fuero competente – *contrario a lo que sostienen la mayoría de los autores, un estudio de construcción de la lengua española, permite determinar que fuero no es lo mismo que foro, ya que desde antiguo, además de otros sentidos, éste se refiere específicamente al lugar o plaza pública, en cambio fuero, si entrelaza la definición de jurisdicción, potestad, gabela o juicio* – es la relación circunstancial, por no decir causal, – *proximidad a partes, objetos o instrumentos del proceso* – que determina que un juez circunscrito a determinada unidad territorial sea el idóneo (*Iudex idoneus*) para conocer de determinados asuntos que demandan jurisdicción.

En Italia existe una gran variedad de fueros, los clásicos le otorgaban una clasificación especial así: Chiovenda (general, especial, exclusivo, concurrentes, reales y personales), Carnelluti (real, general e instrumental), Calamandrei (personal, real y orgánico). En España, la LEC, "admite tres clases de acciones a los efectos de determinación del fuero: la acción personal, la real, la mixta"¹⁶.

El artículo quinto del Código Procesal del Trabajo, consagra una regla general, según la cual, la competencia se distribuye atendiendo

¹¹ Auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Familia M.P. Dr. Omar José Amado, 18 Abril de 1991 Folio 1.

¹² BEATRIZ QUINTERO, Ob. cit. Pág. 210

¹³ MARÍN MORA, Mauricio. Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga. En Cátedra de derecho procesal civil. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, USTA 2000.

¹⁴ CHIOVENDA, Op. Cit. Pág. 300.

¹⁵ CARNELLUTI, Francesco. Instituciones de derecho procesal civil. Biblioteca clásicos del derecho. Vol. 3. Editorial Mexicana, 1997. Pág. 282. También: Parra Quijano, Ob. cit. Pág. 49; Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, abril 26 de 1988.

a la noción del último lugar donde se prestó el servicio y el domicilio. Se presentan dos fueros: uno de carácter general, otro especial.

El fuero general es aquel “*el de el tribunal ante el cual una persona puede ser emplazada para responder en un litigio no especialmente atribuido a otro fuero (este fuero es por regla general el forum domicilii)*”¹⁷. El artículo 5 modificado por la Ley 712/2001, consagra el forum domicilii rei, o fuero general del domicilio, según el cual, si el demandado ha de comparecer al proceso, ha de obligársele a hacerlo en las circunstancias menos gravosas¹⁸ para él, por conveniencia social, por eso le cita ante el fuero de su domicilio ya que en tal caso el asunto será menos gravoso para él, se evita un perjuicio material (oneroso) y psicológico (en la vida y los negocios). “*El fuero general del domicilio es basado en el conocido principio universal y tradicional de lo justo Actor Sequitur Forum rei (El actor sigue el fuero del reo)*”¹⁹.

Piero Calamandrei comenta que el “*fuero general es un fuero personal, deducido de la relación que media entre la circunscripción territorial del juez y las personas de los contendientes*”.²⁰

El fuero especial, es “*el tribunal ante el cual el demandado es emplazado para responder sólo en determinadas causas atribuidas a ese fuero*”²¹. Este fuero especial en el artículo quinto del Código de Procedimiento Laboral corresponde al último lugar donde se haya prestado el servicio. Opera a la manera de fuero instrumental, como lo denomina Carnelluti: “*fuero instrumental: Es clara razón que lleva a atribuir competencia al oficio en cuya circunscripción se encuentran los elementos instrumentales del proceso. Esos elementos se dividen en pruebas y bienes*”²².

Los fueros especiales se subdividen en varias clases, una de éstas son los fueros especiales de las obligaciones, dentro de los cuales están los fueros de la acción personal en general,

“*la acción personal se puede proponer también ante la autoridad judicial en lugar en que fue contraída o en que deba cumplirse la obligación, con tal que el demandado sea allí citado personalmente*”²³.

Dos son entonces, los fueros para la acción personal: el del lugar en que fue contraída la obligación (forum contractus – forum commissi delicti) y el lugar donde deba cumplirse la obligación (forum

destinatae solutionis).

El fuero especial consagrado en el artículo quinto del C.P.T. es una modalidad de forum destinatae solutionis, a razón de que, del contrato de trabajo surgen obligaciones recíprocas y la obligación para el trabajador es la de prestar un servicio personal a otro sujeto ya sea persona natural o jurídica (Art. 22 C.S.T.), esa obligación se cumple en el lugar del trabajo, por ello el

¹⁶ ARAGONESES, Pedro, Técnica procesal. 2a edición, Aguilar, Madrid, 1958 Pág. 49.

¹⁷ CHIOVENDA, Op. Cit. Pág. 299. También Hernando Morales Molina sin citar la fuente Ob. cit. Pág. 35; Parra Quijano, Ob. cit. Pág. 49¹⁸ Cfr. CHIOVENDA, Ob. cit. Pág. 300; Sentencia de Noviembre 20 de 1992 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil; Morales Molina Hernando Curso de derecho procesal civil, ABC, 1978. Pág. 35.

¹⁹ Sentencia de Marzo 18 de 1998. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Dr. Rafael Romero Sierra. Auto de enero de 1984, Sentencia de Noviembre 20 de 1992.

²⁰ CALAMANDREI, Piero. Derecho Procesal Civil Biblioteca Clásicos del Derecho. Vol. 2. Editorial Mexicana. México 1997. Pág. 137.

²¹ CHIOVENDA, Op. Cit. Pág. 299.

²² CARNELUTTI, Francesco. Instituciones de derecho procesal civil. Colección clásicos del derecho. Vol. 3. Editorial Mexicana. México 1997. Pág. 284.

²³ CHIOVENDA, Op. Cit. Pág. 303.

legislador entendió que la demanda debe presentarse en el lugar donde se haya prestado el servicio, refiriéndose particularmente al último lugar, el lugar donde se cumplió la obligación (*forum destinatae solutionis*).

C. Concurrencia de Fueros.

Respecto de una misma causa puede suceder que exista un solo fuero competente (exclusivo) a varios fueros competentes.

Cuando existen varios fueros competentes, éstos pueden ser *"concurrentes electivamente, si el demandante tiene la opción de entre diferentes fueros derecho de escoger, o concurrentes sucesivamente, si existen varios fueros competentes, no a elección del demandante sino a falta de otro"*²⁴.

La concurrencia electiva de fueros se presenta en los artículos 5,7,8,10 y 11, la ley procesal, lo expresa con el facultativo "o": Vg., la competencia se determina por el último lugar donde se haya prestado el servicio o por el domicilio del demandado:

En los artículos 5 y 7 se presenta una concurrencia electiva entre dos fueros competentes; uno de carácter especial, el del último lugar donde se haya prestado el servicio (*forum destinatae solutionis*) y otro de carácter general el de el domicilio, aclarándose que en el artículo 5 se refiere al domicilio del demandado (*forum domicilii rei*) y el artículo séptimo el domicilio del demandante.

En el artículo 8 se consagra una concurrencia electiva de dos fueros especiales: el del último lugar donde se haya prestado el servicio dentro del respectivo departamento (no se tiene en cuenta la unidad territorial o círculo judicial del trabajo, ya que la circunscripción geográfica a veces no coincide con la distribución política), o el de el último lugar donde se prestó el servicio en relación a la capital.

En el artículo noveno se hace referencia a un fuero especial de carácter exclusivo (cuando se cita a un fuero que excluye necesariamente a los otros), el de el juez laboral donde se haya prestado el servicio.

En el artículo 10 se presenta la concurrencia electiva de fueros que predomina en el código: la del juez del lugar donde se haya prestado el servicio (*forum destinatae solutionis*) y el del lugar del domicilio del demandado (*forum domicilii rei*).

En el artículo once se presenta igualmente una concurrencia electiva para un fuero general y otro especial, para este último en relación al fuero especial de la acción de rendición de cuentas. En cuanto al fuero general, se relaciona el del domicilio del demandado (*forum domicilii rei*), de una persona jurídica, al respecto comenta Chiovenda que el fuero de las personas jurídicas *"no puede ser otro sino el lugar en que se encuentre establecida su administración o representación legal"*²⁵.

Fuero de la acción de rendición de cuentas: *"para la rendición de cuentas de una tutela o administración (administradoras del sistema de seguridad social integral) la acción se propone ante la autoridad judicial del lugar en que la tutela o administración fue ejercida"*²⁶. En el Código procesal se toma es el lugar donde se hizo la reclamación del respectivo derecho administrado.

La acción de rendición de cuentas es el *forum gestae administrationis*, (fuero de la gestión administrativa) se refiere a la rendición de cuentas del administrador que corresponde de manera general a los procesos en que se deben rendir cuentas; son los asuntos nacidos de un acto o relación jurídica que implican una gestión administrativa, como el mandato, el fideicomiso, albacea, curador o mandatario; el administrador debe rendir cuentas en el asiento principal de la administración.²⁷

Cuando se demanda a una sociedad se entrelaza una concurrencia electiva de fueros competentes de carácter general: el de el juez del domicilio principal de la sociedad y el de el domicilio del representante legal de aquella (Art. 162 de la Ley 446 que adopta como legislación vigente el artículo 46 del decreto 2651 de 1991).

Ahora bien, si la sociedad, tiene sucursal o agencia la concurrencia es de tres fueros de carácter general: El del domicilio general de la sociedad, el del domicilio de la agencia y el domicilio del representante legal.

²⁴ Ibid, Pág. 299-300. En este sentido sin citar a Chiovenda: Morales Molina, Ob. Cit. Pág. 35, Sentencia de diciembre 13 de 1996. C. S. J., Marco Gerardo Monroy Cabra, derecho procesal civil, parte general, 5a edic. librería el profesional. 2001, Pág. 158.

²⁵ Ibid, Pág. 302.

²⁶ Ibid, Pág. 306.

²⁷ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Ob. cit. Pág. 134.

En el Código Procesal del Trabajo no se consagra la concurrencia sucesiva de fueros (uno a falta de otro) que se presenta en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil (No. 1 y 2) porque si el demandado carece de domicilio no se acude a la residencia o en su defecto al domicilio del demandante; opera siempre el fuero del lugar donde se haya prestado el servicio como un fuero instrumental: donde se encuentran los elementos instrumentales del proceso, las pruebas y bienes (Carnelutti).

3. PROPUESTA NORMATIVA

No obstante la reforma realizada por la ley 712 de 2001, tomando en cuenta las vicisitudes mencionadas atrás, frente a la jurisdicción y competencia y la relación que existe entre los artículos referidos a la competencia territorial, considero que sería más científico, – *claro está, prescindiendo de la teoría de la legislación como ciencia*²⁸, ya que ello constituye una intención que desbordaría el espacio del artículo – que en una próxima reforma el legislador redactara un capítulo (No. 1) Intitulado Competencia (con tres artículos, conservando la noción del código) y un segundo capítulo titulado reglas para determinar la competencia, unificando los artículos 4,5,7,8,9,10 y 11 en uno solo de la siguiente forma:

CAPÍTULO I COMPETENCIA

ART. 1º. Aplicación de este código. los asuntos de que conocen los jueces y magistrados en sus especialidades laboral y de seguridad social se tramitarán de conformidad con el presente código.

ART. 2º. Competencia. los jueces y magistrados en sus especialidades laborales y seguridad social conocen de:

(...)

ART. 3º. Exclusión de los conflictos económicos... (Art. 3 C.P.T.).

CAPÍTULO II REGLAS DE COMPETENCIA

ART. 4º. La competencia territorial se determina por las siguientes reglas:

1. la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral tiene su sede en la capital de la república (artículo 4 C.P.T.).

Los jueces en su especialidad laboral y de seguridad social ejercen en el mismo territorio señalado por ley a los respectivos jueces del circuito en lo civil. Este territorio se denomina Unidad Territorial (Art. 4).

2. La competencia se determina por el último lugar donde se haya prestado el servicio, o por el domicilio del demandado, a elección del demandante (Art. 5 C.P.T.).

3. En los procesos que se sigan contra la nación será competente el juez laboral del circuito, del último lugar donde se haya prestado el servicio o del domicilio del demandante, a elección de éste, cualquiera que sea la cuantía (Art. 7 C.P.T.).

4. En los procesos que se sigan contra un departamento será competente el juez laboral del circuito del último lugar donde se haya prestado el servicio, dentro del respectivo departamento o el de su capital, a elección del demandante, cualquiera que sea su cuantía (Art. 8 C.P.T.).

5. En los procesos que se sigan contra un municipio será competente el juez laboral del circuito del lugar donde se haya prestado el servicio. (art. 9 C.P.T.).

6. En los juicios que se sigan contra un establecimiento público, o una entidad o empresa oficial, será competente el del lugar del domicilio del demandado, o el lugar donde se haya prestado el servicio, a elección del actor (Art. 10 C.P.T.).

7. En los procesos que se sigan en contra de las entidades que conforman el sistema de seguridad social integral, será competente el juez laboral del circuito del lugar del domicilio de la entidad de seguridad social demandada o del último lugar donde se haya surtido la reclamación del respectivo derecho, a elección del demandante (Art. 11 C.P.T.).

PARÁGRAFO. En los lugares donde no haya juez laboral del circuito conocerá de estos procesos el respectivo juez del circuito en lo civil.

Dado que, no son otros los cambios estructurales a implementarse con la propuesta normativa, los artículos que continuarían la numeración señalada (Artículos 5,6...) serían los mismos del actual estatuto Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, desde el artículo 12 hasta el 156 final.

²⁸ KAUFMAN, Arthur. Filosofía del Derecho. Trad. De Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia. Santa fe de Bogotá, 1999. Pág. 54.

EL CÓDIGO DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO

Mesa de Trabajo de Desplazamiento Forzado

Por: Mesa de trabajo - Desplazados USTA
Coordinador: Luis Carlos Maldonado Díaz
Abogado - Catedrático

Hoy en día hablar de desplazamiento forzado en Colombia es como llover sobre mojado. A diario aparecen en los periódicos locales referencias de la llegada de nuevos grupos de personas desplazadas (en su mayoría mujeres, ancianos y niños) a las cabeceras municipales, trayendo consigo como únicas pertenencias el impacto psicológico que ocasiona la violencia de la cual han sido víctimas inocentes, el desarraigo y la incertidumbre sobre su futuro inmediato. El número de ciudadanos desplazados en el país ya sobrepasa los dos y medio millones¹, con una participación que sobrepasa el 10% del total de desplazados en el mundo, ocupando un deshonroso tercer puesto a nivel mundial, apenas superado por Sudán en el continente africano y Turquía en Asia, estadística de suyo preocupante si se tiene en cuenta que este fenómeno es caldo de cultivo de la violación de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y veneno de innumerables conflictos sociales. Santander a su vez, se halla dentro de los cuatro departamentos del país con mayores problemas de desplazamiento forzado (expulsor) y el Área Metropolitana de Bucaramanga se ha convertido en uno de los principales centros receptores de estos grupos,



Actividad realizada por la "mesa de trabajo para desplazados"
Facultad de Derecho, USTA Bucaramanga - Asentamiento "La Semilla"

que una vez establecidos contribuyen a incrementar los cinturones de extrema miseria que circundan la meseta.

En un estudio socio económico realizado por la Corporación para el Desarrollo del Oriente "Compromiso"², se encontraron asentamientos como Villa Nazareth y La Semilla en Floridablanca, Brisas de Paz (Café Madrid), Guatiguará en Piedecuesta y otros más en Girón, en los que se ubican alrededor de novecientas familias desplazadas que viven en la más absoluta miseria, desempleados en su gran mayoría, carentes de todo servicio público, en condiciones infrahumanas, llegando a los extremos de tener que compartir entre toda una comunidad un par de tasas de baño, dos regaderas y seis lavaderos. Entre los grupos de desplazados las mujeres conforman el cincuenta por ciento (50%) de la población y un mismo porcentaje del total son menores de dieciocho (18) años, presentándose un drama humanitario y de violación de derechos humanos y de los niños, resumido en el segundo informe entregado al Congreso de la República - en el año de 1998 - por la Consejería Presidencial para la Atención a la Población Desplazada por la Violencia y la Dirección General para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior sobre la gestión estatal en atención integral a población desplazada por la violencia, así:

¹Según un informe de la organización MANOS UNIDAS, que apoya proyectos de ayuda a la comunidad desplazada por la violencia en diferentes regiones colombianas, solo en Barrancabermeja se atiende a una población desplazada que supera las treinta y un mil personas. La estadística que presenta un número de desplazados aproximado a 2.500.000 personas es de carácter acumulativo, es decir, sumadas año tras año.

²Diagnóstico Socio Económico de Población Desplazada asentada en el Área Metropolitana de Bucaramanga, 2002.

“La población menor es considerada como la más vulnerable en situaciones de desastre, ya sea natural o de origen antrópico. Esta caracterización implica que son los niños y niñas quienes más están expuestos al sufrimiento y a la vulneración de sus derechos en casos de emergencia. Así, durante el proceso de desplazamiento, etapa previa, impacto, movilización, asentamiento transitorio, reubicación o retorno, los niños y niñas ven reducidos dramáticamente entre otros, sus derechos a la educación, salud y recreación. En repetidas ocasiones son testigos silenciosos de homicidios de familiares y vecinos, incineración y despojo de los bienes familiares, violación de madres y hermanas, hechos violentos que conducen al desplazamiento de la familia. Estos actos de terror dejan graves secuelas emocionales en todos los desplazados, pero especialmente en los menores, que no logran darse una explicación de su tragedia y, dada las cerradas estructuras familiares campesinas y populares, no encuentran explicación entre los adultos.

Los menores pierden su entorno cotidiano, generalmente caracterizado por espacios abiertos y rodeados de personas conocidas que forman parte de la familia ampliada. Se ven reducidos a precarios espacios donde tienen que permanecer por largos periodos de tiempo hacinados con personas desconocidas o familiares y parientes. Adicionalmente, durante el desplazamiento no pueden establecer comunicación alguna dada la situación de temor que vive la familia. En éstas circunstancias son frecuentes las violaciones a la privacidad del menor, las violaciones sexuales y el maltrato.

En multitud de ocasiones los niños y las niñas desplazadas deben asumir una serie de tareas propias de los adultos, como la crianza de hermanos menores, la preparación de alimentos, e incluso, el liderazgo familiar, ante

la pérdida de uno o ambos padres. En situación de desplazamiento los menores se ven obligados a emplearse, generalmente en pésimas condiciones y con ínfimos salarios, abandonando la posibilidad de continuar o iniciar sus estudios. Algunos toman el camino de la guerra, vinculándose a cualquiera de los actores armados”³.

De cara a la catástrofe humanitaria expuesta, las estadísticas que maneja la Red de Solidaridad Social, estimaban que para el año 2000 en el departamento existían al menos 2.705 familias desplazadas, mientras que la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES) señalaba en sus bases de datos que solo en ese mismo año en Santander 8.264 personas habían sido víctimas del desplazamiento forzado. En otro cuadro estadístico de origen gubernamental y según el Registro Único de Población desplazada, Barrancabermeja y Bucaramanga se hallan en la lista de los quince

**POR EL SIMPLE HECHO DE
QUE SECUESTRAMOS CIVILES,
ARRASAMOS PUEBLOS,
EXTORSIONAMOS EMPRESAS,
DINAMITAMOS TORRES DE
ENERGÍA, ASESINAMOS
CIUDADANOS INDEFENSOS
O VOLAMOS OLEODUCTOS,
NO NOS PUEDEN
TACHAR DE TERRORISTAS**



Tomado de Revista Semana

³ Consejería Presidencial para la Atención a la Población Desplazada por la Violencia - Dirección General para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior. Segundo informe entregado al Congreso de la República, 1998.

(15) municipios de Colombia con mayor concentración de desplazados, llevando una representación de casi el cinco por ciento (5%) del total nacional. Sin embargo, la verdadera magnitud del fenómeno no está registrada en los cálculos y registros oficiales pues tal como reconoce la misma Red de Solidaridad: "hay dispersión en las fuentes que estiman el número global de desplazados, y deficiencias en el registro de la población..." Otras entidades de naturaleza privada y ONG's que trabajan por los desplazados manejan estadísticas diferentes y se afirma que solo en Barrancabermeja el número de ellos sobrepasa los 31.000, según un informe de la organización internacional MANOS UNIDAS que financia proyectos de ayuda en la región del Magdalena Medio Santandereano. En la edición del diario Vanguardia Liberal del pasado 7 de marzo de 2003 se indicaba que en Bucaramanga y su Área Metropolitana existen cerca de 35.000 desplazados.

En el año de 1997 el Gobierno del entonces Presidente de la República, Ernesto Samper Pizano, expidió la Ley 387 por la cual se adoptaron medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en Colombia. Más que una iniciativa estatal, la ley fue producto de las presiones internacionales y tuvo como antecedentes mediatos la publicación en 1995 del primer estudio nacional sobre desplazamiento forzado realizado por la Conferencia Episcopal Colombiana y la solicitud elevada en 1996 por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de establecer una oficina en Colombia, que velara por el respeto de esos derechos. Desde su expedición en el mes de julio de 1997 hasta la fecha, esta ley ha sido objeto de constante y profusa reglamentación, a cuenta gotas, convirtiéndose en una densa legislación que en su conjunto bien pudiera considerarse como el "Código del Desplazamiento Forzado".

En medio del océano normativo que ahoga la juricidad nacional, son pocas las personas que pueden hablar con propiedad sobre la legislación vigente en materia de desplazamiento, porque entre otras cosas, especialmente en el gremio de

los profesionales del derecho, se tiende a estudiar y conocer sólo aquellas normativas que pueden generar ingresos económicos y no es ésta precisamente una de ellas. Además, es tan profusa esta reglamentación⁴ que resulta difícil la sola recolección y aún más su estudio, inclusive para un abogado. Estas y otras razones que no se consideran en el momento, han contribuido para que las normas expedidas con fines preventivos, de atención y protección a las personas desplazadas permanezcan en el anonimato y por ende, adolezcan de aplicación efectiva, perdiéndose en muchos casos la bondad del "espíritu" que animó al legislador a promulgarlas.

La Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga interesada en el tema que se aboca, dada la trascendencia y magnitud del mismo y el ánimo de proyección social presente en la formación profesional del estudiante de derecho, a través del Comité de Investigaciones creó recientemente una Mesa de Trabajo sobre Desplazamiento Forzado en la que participan dos docentes adscritos al Comité y un grupo de estudiantes de diferentes semestres de la Facultad, aunando esfuerzos con otros grupos de estudiantes de las Universidades Industrial de Santander y Autónoma de Bucaramanga, fortalecida con la asesoría del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), en el propósito inicial de ahondar en el conocimiento del marco teórico y legislativo del desplazamiento forzado, identificar los organismos que trabajan con los desplazados y realizar un diagnóstico de las necesidades legales de los desplazados en el Área Metropolitana de Bucaramanga, para luego, formular y ejecutar proyectos que tiendan a resolver esas necesidades legales.

La iniciativa que se pretende desarrollar y que ya está en marcha, parte de la base cierta e indiscutible de que la ley marco posee desde su génesis talanqueras de procedimiento que hacen nugatorios los derechos reconocidos a la comunidad desplazada. Es así, por ejemplo, que para acceder a los beneficios en ella consagrados no basta poseer la condición de desplazado, vale decir, ajustarse a la definición contenida en su artículo 1° de la Ley 387 de 1997 y repetida en el numeral 2° del Decreto 2569 de 2000, según la cual *es desplazado toda perso-*

⁴ La Ley 387 de 1997 ha sido reglamentada entre otras, por las siguientes disposiciones: Decreto 1165 de 1997, por el cual se crea la Consejería Presidencial para la Atención de la Población Desplazada por la Violencia y se le asignan funciones, Decreto 2957 de 1997, Decreto 2569 de 2000, reglamentario del Art. 1° de la Ley, Decreto 951 de 2001, reglamentario del Art. 17 de la Ley, Circular Conjunta 001 de 2001 del Viceministerio de Salud y Red de Solidaridad Social, Acuerdo 13 de 2001 del INURBE, Decreto 2007 de 2001, reglamentario de los Art. 7°, 17 y 19 de la Ley, Acuerdo 049 de 2001 emanado de la Dirección de la Red de Solidaridad Social, Directiva Presidencial 06 de 2001, Decreto 2562 de 2001, reglamentario del Art. 17 de la Ley, Acuerdo 05 de 2002 del INURBE, Resolución 07 de 2002 de la Comisión Nacional de Crédito Agrario.

na que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquier de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario y otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que pueden alterar o alterar drásticamente el orden público, puesto que se exige además que el aspirante a los beneficios haya declarado los hechos que lo han llevado a esa condición, ante la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, las Personerías Municipales o Distritales o cualquier despacho judicial, de acuerdo con el procedimiento de recepción de cada entidad y, adicionalmente, que una copia de esa declaración se remita a la Dirección General Unidad Administrativa Especial para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior - hoy del Interior y de Justicia- o a la oficina que esta entidad designe a nivel departamental, distrital o municipal (Art. 32, Num. 2º)⁵.

De otra parte, existe un término de caducidad de un año para que la persona desplazada obtenga la declaración de su condición por la autoridad competente, en la forma antes indicada, que empieza a contarse a partir de la ocurrencia de los hechos que dieron origen al desplazamiento, so pena de ser rechazada su inscripción en el registro de población desplazada (Art. 8º, Decreto 2569 de 2000). Asimismo, la atención humanitaria de emergencia a que se refiere el artículo 15 de la Ley 387 de 1997, consistente en la garantía de la atención humanitaria con la finalidad de socorrer, asistir y proteger a la población desplazada y atender sus necesidades básicas de alimentación, aseo personal, abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas, también posee temporalidad y se pierde la posibilidad de acceder a ella si la inscripción no se realiza dentro de los tres meses siguientes a la ocurrencia de los hechos que ocasionaron el desplazamiento.

El desarrollo legislativo de la Ley 387 de 1997 se ha ocupado de tópicos tan importantes como la asistencia en salud, educación, vivienda, apo-



Actividad realizada por la " mesa de trabajo para desplazados"
Facultad de Derecho, USTA Bucaramanga - Asentamiento "La Semilla"

yo a proyectos asociativos productivos, etc., con la pretensión de proteger a la población desplazada y garantizar un mínimo de soluciones a la problemática social. Pero la verdad es que a pesar de todos los esfuerzos estatales realizados desde la altura de la ley, los resultados en la práctica son poco alentadores, los desplazados aún no encuentran la forma de acceder a los beneficios legales y los recursos asignados no llegan a sus naturales destinatarios.

La poca efectividad de la acción Estatal se desnuda en la investigación realizada por la Conferencia Episcopal Colombiana, en relación con la atención recibida por la población desplazada. El informe señala que las encuestas realizadas arrojaban como resultado que la mayoría de las personas desplazadas por la violencia manifestaba no haber recibido ayuda alguna dentro del proceso de migración: el 83% expresó que no la había recibido antes del desplazamiento, el 61% tampoco la obtuvo durante el mismo y el 58% tampoco la recibió después del desplazamiento. De la misma forma, la gran mayoría de los encuestados que obtuvo alguna cooperación informó que ella provino de las ONG y de la Iglesia, ayuda normalmente de tipo asistencialista, transitoria, que no aporta soluciones significativas a la problemática de las familias desplazadas.

Considerando que una proporción importante de los desplazados por la violencia apenas si han realizado estudios primarios y otra buena parte son analfabetas⁶, se comprende con faci-

⁵ La inscripción de que trata el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 387 de 1997 fue delegada hoy día en la Red de Solidaridad Social, mediante la Resolución 02045 del 17 de octubre de 2000, proferida por el Ministro del Interior.

lidad que no están dadas las condiciones para hacer exigibles los derechos que les han sido reconocidos y sus carencias continúan insatisfechas, a pesar del pronunciamiento de la Corte Constitucional en el sentido que la atención al desplazamiento es una emergencia social y como tal ha de ser tratada prioritariamente, siendo el Presidente de la República su principal responsable y que el Estado debe asumir el costo de la respuesta al desplazamiento en su presupuesto nacional. Las entidades públicas vinculadas al Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia no pasan de ser meras receptoras de datos para efectos de la inscripción en el Registro Único y la Red de Solidaridad Social -Coordinadora del Sistema- adolece de serias deficiencias administrativas, técnicas y presupuestales, siendo poco, por no decir nulo, el apoyo que se ofrece a las personas que acuden a sus oficinas en Bucaramanga, de tal manera que la suerte de miles de compatriotas que sufren el conflicto armado generalizado del país y en particular del departamento de Santander, queda atada a la beneficencia pública y a la ayuda que brindan organizaciones privadas y ONG's.

El trabajo que hasta la fecha ha realizado la Mesa de Desplazamiento Forzado adscrita al Comité de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, permite concluir en forma preliminar, que no existe en el Área Metropolitana de Bucaramanga una institución pública o privada que haya recogido y sistematizado datos referidos a las necesidades legales de la población desplazada, como tampoco se ha encontrado alguna de ellas que tenga como finalidad específica prestar apoyo o asesoría legal a la comunidad de familias desplazadas, en el trámite de acciones legales encaminadas a convertir en realidad los beneficios previstos en el ordenamiento positivo, empezando por el inicial procedimiento de adquisición de la condición de persona desplazada, no obstante la riqueza de instrumentos jurídicos con los que se cuenta para ello, tales como el derecho de petición, la acción de tutela, la acción popular, la acción de cumplimiento y en general todo tipo de procesos judiciales a través de los cuales se pueden hacer efectivos los derechos fundamentales y no

fundamentales de los colombianos afectados por el fenómeno social del desplazamiento forzado.

A manera de conclusión, la sociedad toda debe reconocer en el fenómeno del desplazamiento forzado un problema social de gran envergadura, que amenaza con salirse de las manos y por lo mismo requiere de soluciones acordes a su magnitud. Es deber del Estado procurar la solución definitiva a las causas que generan el desplazamiento, pero mientras tanto y toda vez que esa alternativa no parece cercana, le corresponde salir en defensa y apoyo de los ciudadanos afectados, propiciando las condiciones mínimas de respeto a la dignidad humana y de garantía de los derechos fundamentales de aquellos, compromiso que se hace extensivo a las autoridades regionales y locales en el ámbito de su territorio, más concretamente en el Área Metropolitana de Bucaramanga, lugar de asentamiento de miles de personas afectadas por el desplazamiento forzado.

En forma paralela y frente a los requerimientos inaplazables de satisfacer las necesidades básicas de la población desplazada, es indispensable identificar con claridad sus demandas de asistencia legal y desarrollar los proyectos necesarios para integrar la comunidad universitaria a la realidad de nuestra sociedad, haciéndola partícipe de las soluciones, como parte de la formación integral que se imparte en el Alma Mater Tomasina, apuntalada sobre la base de la investigación y la proyección social, dos de las tres funciones sustantivas que soportan en la actualidad la educación superior en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

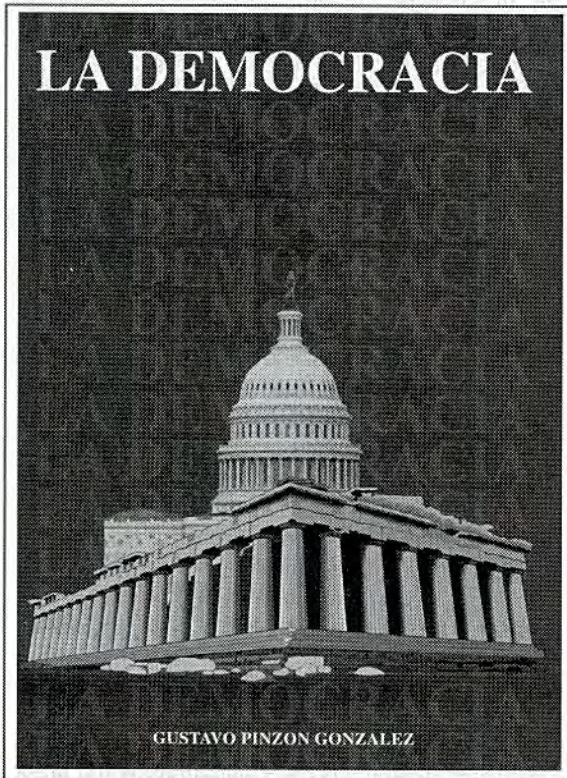
- Actas de Trabajo febrero - marzo del 2003. Mesa de Trabajo de Desplazamiento Forzado. Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás de Bucaramanga.
- Diario Vanguardia Liberal, Edición 29551 del 7 de marzo del 2003.
- Decreto 2569 del 2000.
- Documento. Diagnóstico Socio Económico de Población Desplazada asentada en el Área Metropolitana de Bucaramanga. Corporación COMPROMISO, 2002.
- <http://www.ilsa.org.co>
- <http://www.red.gov.co/>
- Ley 387 de 1997
- Sentencia SU-1150 de 30 de agosto del 2001. Corte Constitucional. Mag. Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes.

⁶ En la investigación realizada por la Conferencia Episcopal Colombiana, se encontró que los campesinos constituían el sector más afectado por el fenómeno del desplazamiento del país. Al respecto señala que el 40.7% de las personas desarraigadas por la violencia eran asalariados o pequeños y medianos propietarios, todos vinculados a la producción agropecuaria. Los jefes de familia mostraban un alto grado de analfabetismo real y funcional, puesto que un 16.05% no tenía ningún nivel de instrucción, mientras que el 60.26% apenas había cursado la primaria o algunos grados de ella.

PUBLICACIONES

Algunos docentes de la Facultad de Derecho de la USTA han desarrollado durante los últimos años producciones intelectuales de importancia, logrando su publicación y difusión a través de libros que contribuyen a la formación integral de los estudiantes y al desarrollo de la ciencia jurídica. A continuación se presentan una muestra de estas publicaciones con una sinopsis de su contenido.

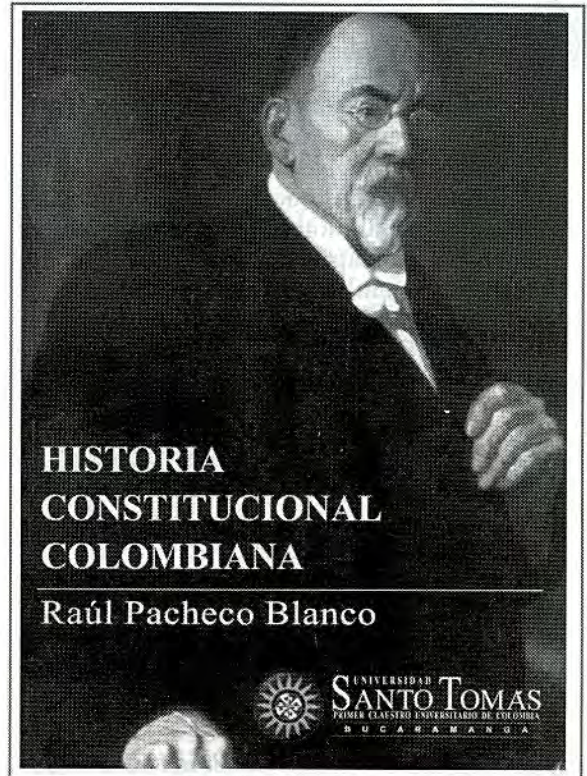
TÍTULO: La Democracia



AUTOR: Gustavo Pinzón González
EDITORIAL: FRID IMPRESORES
PÁGINAS: 130

RESUMEN: Su estilo sencillo garantiza la posibilidad de ser aceptado por toda clase de lectores, en momentos en que nuestra carta política nos impone la necesidad de conocer y propagar por todos los medios el sistema democrático, como el camino más eficaz para ejercitar la libertad, la participación, el entendimiento, atributos necesarios para conseguir el orden y la paz.

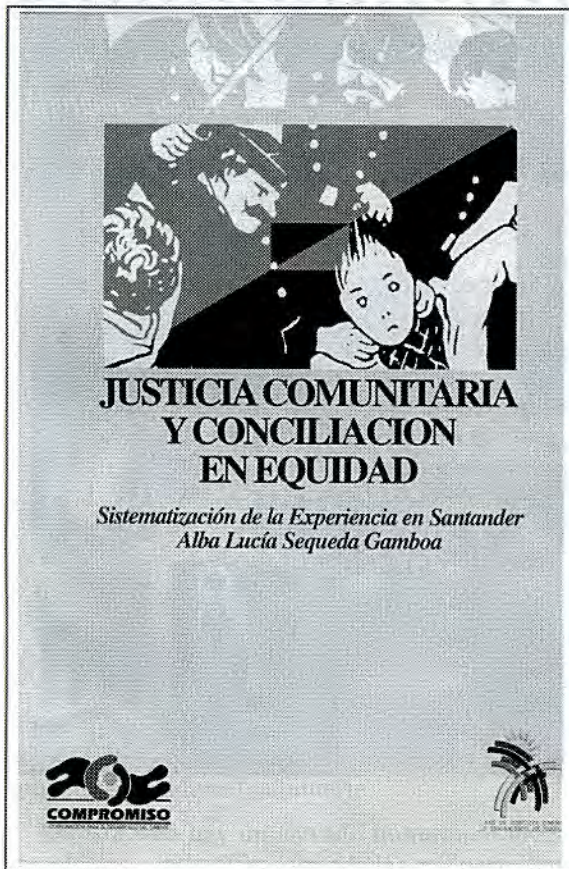
TÍTULO: Historia Constitucional Colombiana



AUTOR: Dr. Raúl Pacheco Blanco
EDITORIAL: Ediciones USTA
PÁGINAS: 267

RESUMEN: La presente obra sobre la historia constitucional colombiana nos acerca a la realidad de nuestro proceso constitucional dividiendo la historia en épocas determinadas y haciendo aportes sobre el contexto histórico político dentro del cual van a tener ocurrencia las reformas constitucionales, y el contexto social y económico.

TÍTULO: Justicia Comunitaria y Conciliación en Equidad



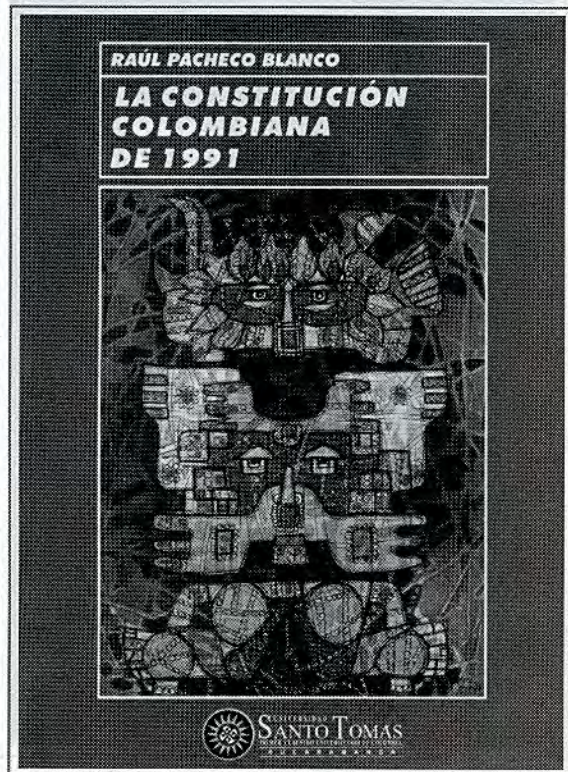
AUTOR: Dr. Alba Lucía Sequeda Gamboa.

EDITORIAL: Compromiso

PÁGINAS: 90

RESUMEN: La sistematización y publicación de las experiencias de conciliación en equidad empiezan a surgir en el país, como uno de los mayores retos que tienen los actores sociales, políticos y académicos para elevar a la condición de teoría política, las prácticas sociales y las experiencias concretas de las fuerzas comprometidas en la reconstrucción de un país democrático, solidario, equitativo, productivo y maduro para el tratamiento de sus conflictos estructurales y de la vida cotidiana.

TÍTULO: La Constitución Colombiana de 1991



AUTOR: Dr. Raúl Pacheco Blanco

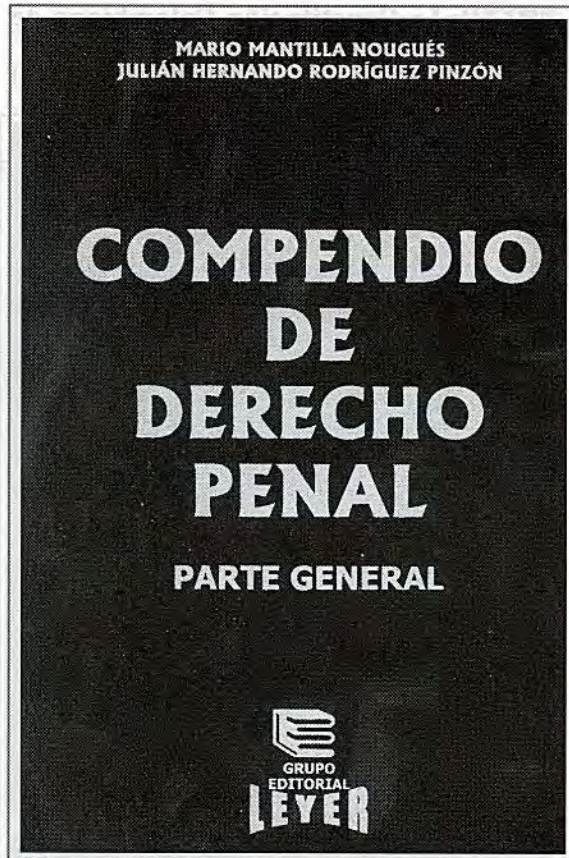
EDITORIAL: Ediciones USTA

PÁGINAS: 390

RESUMEN: Este texto busca facilitar el acercamiento a la constitución, respetando la organización original que trae, pero al mismo tiempo ampliar su conocimiento con la reproducción de fragmentos de sentencias de la Corte Constitucional, que ayudan a que este acercamiento sea más completo.

PUBLICACIONES

TÍTULO: **Compendio de Derecho Penal
Parte General**

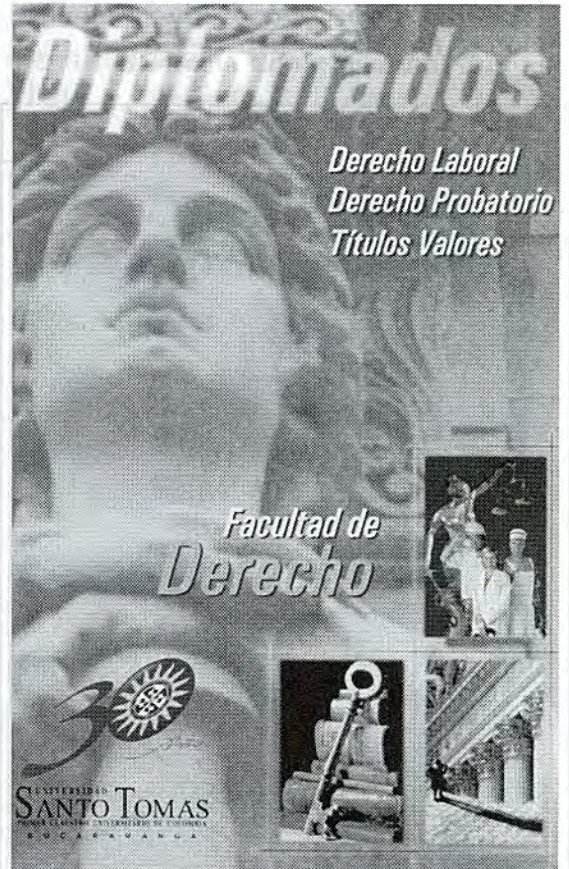


AUTORES: Dr. Mario Mantilla Nougués
Dr. Julián H. Rodríguez Pinzón

EDITORIAL: Leyer

PÁGINAS: 428

RESUMEN: Esquema básico para obtener una visión global, de la tipicidad, de la antijudicialidad, imputabilidad y culpabilidad, conceptos que se han pretendido actualizar de acuerdo a las tendencias de la doctrina y la jurisprudencia nacional.



I. JURISCURIOSIDADES DESDE INTERNET

SENTENCIAS INCREÍBLES LAS LEYES MÁS RARAS DEL MUNDO DISPONIBLES EN LA RED

Seleccionado por: Dra. Matilde Gómez Bautista
Decana de la Facultad de Derecho
USTA - Bucaramanga

“A veces nos sorprendemos ante las increíbles sentencias de algunos juicios. Y no sólo en España. En otros países, especialmente en Estados Unidos, algunas sentencias judiciales pueden dejar a los ciudadanos con la boca abierta. Y en la red se pueden encontrar buena parte de ellas. En 1996 la revista *Spy* publicó un monográfico que recogía las disposiciones legales más esperpénticas de Estados Unidos. Esta lista se puede consultar ahora a través de la web *Weird American Laws*⁽¹⁾.

Entre las más numerosas perlas que llenan este sitio se destaca que en Jasper (Alabama) no se puede ir a misa con un mostacho tan grande que provoque la risa de los feligreses. Y que a nadie se le ocurra echar sal en una vía del tren, ya que puede ser condenado a muerte.

En esta web hay un elevado número de leyes machistas, entre ellas, abunda las que permiten pegar a la mujer, pero dentro de unos límites: por ejemplo, en Arkansas un hombre tiene permitido pegar a su esposa una vez al mes, pero nunca más. Si la fémina se porta mal, tendrá que esperar al mes siguiente para infringirle su castigo.

En Alabama, temerosos de la integridad de la mujer, es ilegal que un hombre pegue a su esposa con una barra más gruesa que el diámetro de su pulgar.

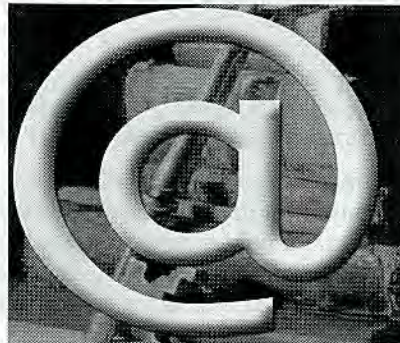
En Pasadena (California), una secretaria no puede estar sola en una habitación con su jefe. Si piensa viajar a Miami, sepa que las mujeres solteras que se tiran en paracaídas los domingos van a la cárcel. En Vermont, ellas deben obtener un permiso por escrito de sus maridos para lle-

var dentadura postiza. La imagen que reciben los turistas y visitantes es fundamental para algunas ciudades norteamericanas.

Por eso, en Illinois las personas discapacitadas, mutiladas o deformes hasta el punto de que son “objetos feos y disgustantes”, tienen prohibido aparecer en público. En Pocatello (Idaho) los peatones y motoristas, incluso si están aquejados por depresión, no deben poner cara de pocos amigos. En Waterville (Maine) está prohibido sonarse las narices en público.

En Ratón (Nuevo México) la ley prohíbe que una mujer monte a caballo por la calle vestida con un kimono. En Nueva York, “se considera escándalo público que un hombre salude a otro colocando su dedo pulgar sobre la nariz a la vez que extiende y sacude el resto de los dedos”, aunque los Norteamericanos vencerían en un ranking de leyes absurdas, otros países no se quedan atrás. *Dumblaws.com*⁽²⁾ recoge las leyes más extrañas de EE.UU. y del resto del mundo. Esta página web explica por ejemplo, que el dueño de un cerdo en Francia tiene prohibido ponerle de nombre Napoleón, que en Tailandia está prohibido salir de casa sin llevar ropa interior, y que en Italia un hombre puede ser arrestado por llevar falda. En España también hay leyes curiosas. En la página española *abog.net*⁽³⁾ encontraremos lo mejor en cuanto a sentencias esperpénticas de producción nacional.

La sección de sonrisas y lágrimas recoge fallos judiciales que pueden mover tanto a la risa como al llanto. Jueces que dictan sus sentencias en verso, estilos muy peculiares de redacción todo es posible con la ley en la mano.”



II. CURIOSIDADES JURÍDICAS

“Un hombre de Charlotte, Carolina del Norte, adquirió unos cigarrillos muy caros y los aseguró - entre otras cosas - contra incendios. Al cabo de un mes, después de haberse fumado los cigarrillos, y sin haber pagado siquiera el primer plazo de la póliza del seguro, formuló una reclamación afirmando que los cigarrillos se habían perdido en “una serie de pequeños incendios”.

Naturalmente, la compañía de seguros se negó a pagar. Pero el “perjudicado” los demandó...!y ganó! Aunque el juez reconoció que la reclamación era frívola, argumentó que el hombre poseía una póliza en la que los cigarrillos estaban asegurados contra el fuego, contrato en el que no se definía que se consideraba un fuego aceptable. El magistrado sentenció que el demandante estaba en su derecho a cobrar la póliza. Para evitar el lento y costoso procedimiento judicial de recurrir, la compañía aceptó pagar al hombre cerca de dos millones de pesetas.

En cuanto el “damnificado” cobró el cheque, la compañía de seguros le hizo arrestar por haber provocado 24 incendios. Gracias a la reclamación y el testimonio utilizados contra la compañía, el hombre fue acusado por quemar intencionalmente una propiedad asegurada, la sentencia le obligó a cumplir 24 meses de cárcel y pagar una multa de tres millones de pesetas.”

III. JUICIOS EN LA EDAD MEDIA

“Friedrich von Spee (pronunciado Shphay) era jesuita que tuvo la mala suerte de escuchar las confesiones de los acusados de brujería en la ciudad alemana de Wurzburg (véase capítulo 7). En 1631 publicó *Cautio Criminalis* (Precauciones para los acusadores), donde exponía la esencia de aquel terrorismo Iglesia - Estado contra los inocentes. Antes de recibir su castigo, murió víctima de una epidemia de peste...atendiendo a los afligidos como cura de la parroquia. Aquí tenemos un extracto de su libro:

1. Por increíble aunque parezca, entre nosotros, alemanes, y especialmente (me avergüenza decirlo) entre católicos, hay supersticiones populares, envidia, calumnias, maledicencias, insinuaciones y similares que, al no ser castigadas ni refutadas, levantan la sospecha de brujería. Ya no Dios o la naturaleza, sino las brujas son las responsables de todo.

2. Así, todo el mundo clama para que los magistrados investiguen a las brujas... a quienes sólo el chisme popular ha hecho tan numerosas.

3. Los príncipes en consecuencia, piden a sus jueces y consejeros que abran los procesos contra las brujas.

4. Los jueces apenas saben por donde empezar, ya que no tiene evidencias (indicia) ni pruebas.

5. Mientras tanto, la gente considera sospechoso este retraso; y un informador u otro convence a los príncipes a tal efecto.

6. En Alemania, ofender a estos príncipes es un serio delito; hasta los sacerdotes aprueban lo que pueda complacerles sin preocuparse de quien ha instigado a los príncipes (por muy bien intencionados que sean).

7. Al final, por tanto, los jueces ceden a sus deseos y consiguen empezar sus juicios.

8. Los jueces que se retrasan, temerosos de verse involucrados en asunto tan espinoso, reciben un investigador especial. En este cam-



po de investigación, toda la inexperiencia o arrogancia que se aplique a la tarea se considera celo de la justicia. Este celo también se ve estimulado por la expectativa de beneficio, especialmente para un agente pobre y avaricioso con una familia numerosa, cuando recibe como estipendio tantos dólares por cabeza de bruja quemada, además de las tasas incidentales y gratificaciones que los agentes instigadores tienen licencia para arrancar a placer de aquellos a los que convocan.

9. Si los desvaríos de un demente o algún rumor malicioso y ocioso (porque no se necesita nunca una prueba del escándalo) señalan a una pobre mujer inofensiva, ella es la primera en sufrir.

10. Sin embargo, para evitar la apariencia de que se le acusa únicamente sobre la base de un rumor, sin otras pruebas, se obtiene una cierta presunción de culpabilidad al plantear el siguiente dilema: o bien ha llevado una vida mala e impropia, o bien ha llevado una vida buena y propia. Si es mala, debe de ser culpable. Por otro lado, si su vida ha sido buena, es igual de condenable; porque las brujas siempre simulan con el fin de aparecer especialmente virtuosas.

11. En consecuencia, se encarcela a la vieja. Se encuentra una nueva prueba mediante un segundo dilema: tiene miedo o no lo tiene. Si lo tiene (cuando escucha las horribles torturas que se utilizan contra las brujas), es una prueba segura; porque su conciencia la acusa. Si no muestra temor (confiando en su inocencia), también es una prueba; porque es característico de las brujas simular inocencia y llevar la frente en alta.

12. En caso de que éstas fueran las únicas pruebas, el investigador hace que sus detectives, a menudo depravados e infames, hurguen en su vida anterior. Esto, desde luego, no puede hacerse sin que parezca alguna frase o acto de la mujer que hombres también dispuestos puedan torcer o distorsionar para convertirlo en prueba de brujería.

13. Todo aquel que le desee mal tiene ahora grandes oportunidades de hacer contra ella las acusaciones que desee; y todo el mundo dice que las pruebas contra ellas son consistentes.

14. Y así se la conduce a tortura, a no ser, como sucede a menudo, que sea torturada el mismo día de su arresto.

15. En esos juicios no se permite a nadie tener abogado ni cualquier medio de defensa justa porque la brujería se considera un delito ex-

cepcional (de tal enormidad que se puedan suspender todas las normas legales de procedimiento), y quien se atreva a defender a la prisionera cae bajo sospecha de brujería personalmente... así como los que osan expresar una protesta en estos casos y apremian a los jueces a ejercitar la prudencia, porque a partir de entonces reciben el calificativo de defensores de la brujería. Así que todo el mundo guarda silencio por miedo.

16. A fin de que pueda parecer que la mujer tiene una oportunidad de defenderse así misma, la llevan ante el tribunal y se procede a leer y a examinar - si se puede llamar así - los indicios de culpabilidad.

17. Aun en el caso que niegue esas acusaciones y responda adecuadamente a cada una de ellas, no se le presta atención y ni siquiera se recogen sus respuestas; todas las acusaciones retienen su fuerza y validez, por muy perfectas que sean las respuestas. Se le ordena regresar a la prisión para pensar más detenidamente si persistiera en su obstinación... porque, como ha negado su culpabilidad, es obstinada.

18. Al día siguiente la vuelven a llevar fuera y escucha el decreto de tortura, como si nunca hubiera rechazado las acusaciones.

19. Antes de la tortura, sin embargo, la registran en busca de amuletos; le afeitan todo el cuerpo y le examinan sin moderación hasta esas partes íntimas que indican el sexo femenino.

20. ¿Qué tiene eso de asombro? A los sacerdotes se los trata del mismo modo.

21. Cuando la mujer ha sido afeitada y examinada, la torturan para hacerle confesar la verdad, es decir, para que declare lo que ellos quieren, porque naturalmente no hay otra cosa que sea ni pueda ser la verdad.

22. Empiezan con el primer grado, es decir, la tortura menos grave. Aunque dura en exceso, es suave comparada con las que seguirán. Así, si confiesa ¡dicen que la mujer ha confesado sin tortura!

23. Ahora bien, ¿que príncipe puede dudar de su culpabilidad cuando le dicen que ha confesado voluntariamente sin tortura?

24. La condenan pues a muerte sin escrúpulos. Pero la habrían ejecutado aunque no hubiese confesado; porque, en cuanto la tortura ha empezado, la suerte ya está echada; no puede escapar, tiene que morir a la fuerza.

25. El resultado es el mismo tanto si confiesa como si no. Si confiesa su culpa es clara: es ejecutada. Cualquier retractación es en vano. Si no confiesa, la tortura se repite: dos, tres, cuatro veces. En delitos excepcionales, la tortura no tiene límite de duración, severidad o frecuencia.

26. Si, durante la tortura, la vieja contorsiona sus facciones con dolor, dicen que se ríe; si pierde el sentido, que se ha dormido o esta bajo en un hechizo aletargador. Y, si está aletargada, merece ser quemada viva, como se ha hecho con alguna que, aunque torturada varias veces, no decía lo que los investigadores querían.

27. E incluso confesores y curas afirman que murió obstinada e impenitente; que no se convirtió ni abandonó su íncubo, sino que mantuvo su fe en el.

28. Sin embargo, si muere bajo tanta tortura, dicen que el diablo le rompió el cuello.

29. Después de lo cual el cadáver es enterrado debajo del patíbulo.

30. Por otro lado, si no muere bajo tortura y si algún juez excepcionalmente escrupuloso no osa torturarla más sin mayores pruebas o quemarla sin confesión, la mantienen en la cárcel y la encadenan con la máxima dureza para que se pueda hasta que ceda, aunque pueda pasar un año entero.

31. La encausada no puede liberarse nunca. El comité investigador caería en desgracia si absolviera una mujer; una vez arrestada y con cadenas, tiene que ser culpable, por medios justos o ilícitos.

32. Mientras tanto, sacerdotes ignorantes y testarudos acosan a la desgracia criatura a fin de que, sea cierto o no, se confiese culpable; de no hacerlo así, dicen, no puede ser salvada ni participar en los sacramentos.

33. Sacerdotes más comprensivos u ocultos no la pueden visitar en la cárcel para que le den consejo o informen a los príncipes de lo que ocurre.

Lo más temible es que salga a luz algo que demuestre la inocencia de la acusada. Las personas que intenten hacerlo reciben el nombre de perturbadores.

34. Mientras la mantienen en prisión y bajo tortura, los jueces inventan astutos mecanismos para reunir varias pruebas de culpabilidad con el fin de declararle culpable de modo

que, al revisarse el juicio, algún facultativo universitario pueda confirmar que debía ser quemada viva.

35. Hay jueces que, para aparentar una escrupulosidad suprema, hacen exorcizar a la mujer, la transfieren a otra parte y la vuelven a torturar para romper su aletargamiento; si mantiene silencio, entonces al menos puedan quemarla. Ahora bien, en nombre del Cielo, me gustaría saber: si tanto la que confiesa como la que no perecen del mismo modo, ¿como puede escapar alguien por inocente que sea? oh mujer infeliz, ¿por qué has concebido esperanzas a la ligera? ¿Por que, al entrar en la cárcel, no admitiste lo que ellos querían? ¿Por qué, mujer insensata y loca, deseaste morir tantas veces cuando podrías haber muerto solo una? Sigue mi consejo y, antes de soportar todos estos males, di que eres culpable y muere. No escaparás, porque sería una desgracia.

36. Cuando, bajo la tensión del dolor, la bruja ha confesado, su situación es indescriptible. No sólo no puede escapar, sino que también se ve obligada a acusar a otras que no conoce, cuyos nombres con frecuencias ponen en su boca los investigadores o sugiere el ejecutor, o son los que a oído como sospechosas o acusadas. Estas a su vez se ven forzadas a acusar a otras, y esas a otras, y así sucesivamente: ¿quién puede dejar de ver esto?

37. Los jueces deben suspender esos juicios (e impugnar así su validez) o quemar a su familia, a ellos mismos y a todos los demás; porque todos, antes o después, son acusados falsamente y, tras tortura, siempre se demuestran que son culpables.

38. Así, finalmente, los que al principio clamaban con mayor fuerza para alimentar las llamas se ven ellos mismos implicados, porque no atinaron a ver que también les llegaría el turno. Así el Cielo castiga justamente a los que con sus lenguas pestilentes crearon tantas brujas y enviaron a la hoguera a tantas inocentes...
" (4)

BIBLIOGRAFÍA

1. web Weird American Laws
2. Dumblaws.com
3. abog.net
4. SAGAN, Carl. El mundo y sus demonios. Planeta, 1995. Pág 439 - 443.

IV. NOTAS SOBRE LAS DIVERSAS ACTIVIDADES EJECUTADAS POR LA FACULTAD DE DERECHO DURANTE EL PRIMER SEMESTRE DEL 2003

La Facultad de Derecho, durante el primer semestre del presente año, realizó múltiples actividades. Hoy las presentamos a la comunidad académica en general. Representan un avance significativo en el quehacer institucional y en el logro de los objetivos de la Facultad. No hubieran sido posibles, sin el apoyo decidido de las directivas de la Universidad Santo Tomás – Seccional Bucaramanga.

1. Se constituyó el COMITÉ DE INVESTIGACIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO, con cuatro docentes (4), con dedicación suficiente, en número de horas, para la labor investigativa. Sus funciones son diferentes a las asignadas al COMITÉ DE TRABAJOS DE GRADO. Este hecho generó, durante el semestre, una dinámica muy interesante en materia investigativa en la Facultad. Dentro de los aspectos destacables a cargo de este Comité están los siguientes:

a. El Comité de Investigación de la Facultad, dirigido por la Dra. Alba Lucía Sequeda y conformado por los Doctores Luis Carlos Maldonado, Gustavo Pinzón González y María Angela Tarazona, lideró, junto con los COORDINADORES de los diferentes MÓDULOS de la Facultad, la discusión, elaboración y construcción de las LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN, así como el marco teórico y las políticas que orientan la investigación en la Facultad. Hoy se cuenta con documentos que expresan la fundamentación de cada una de ellas, en construcción y revisión permanentes.

b. El Comité de Investigación de la Facultad presentó formalmente, ante el Consejo de la misma, tres proyectos que fueron aprobados por este:

1) *“Diagnóstico de las necesidades legales de los grupos desplazados asentados en el área metropolitana de Bucaramanga”*

2) *“Crónica Histórica de las Constituciones de Santander, de algunas de sus provincias y municipios”*

3) *“Génesis y desarrollo de la conciliación en Bucaramanga y en el área Metropolitana”.*

a. Entre las actividades realizadas por la denominada “Mesa de Trabajo pro desplazados”, adscrita al Comité de Investigación de la Facultad, se realizó una jornada de trabajo en el asentamiento “La Semilla”, ubicado en la vía que conduce al Barrio “La Cumbre”, de Floridablanca, en donde residen 33 familias desplazadas por la violencia. Durante ella se realizaron diversas actividades dirigidas a los 30 menores, que hacen parte de dicha comunidad. Se enseñaron los principales derechos fundamentales y se concluyó con una sesión en la que los niños plasmaron con dibujos los derechos explicados.

Igualmente a los adultos, hombres y mujeres, de este asentamiento, se dictó una conferencia sobre las “Consecuencias jurídicas del maltrato infantil”. Se quiso concientizar a los padres sobre una corrección de sus hijos, evitando los maltratos físicos y psicológicos; también se les informó sobre las consecuencias jurídicas que genera el maltrato infantil y la violencia intrafamiliar.

Esta actividad estuvo coordinada por la Dra. María Angela Tarazona Figueroa. Contó con la participación de los estudiantes de quinto semestre de la Facultad de Derecho, Nadim Pérez Bayona, Oscar Mauricio Sarmiento, Libia Arenas Méndez y Diego Armando Navarro, quienes tuvieron la oportunidad de sensibilizarse sobre esta problemática y tener contacto con la realidad social que origina la misma.

b. Un docente y estudiantes que conforman la MESA DE DESPLAZADOS, adscrita al Comité de Investigación de la Facultad de Derecho, asistieron, en ejercicio del CONVENIO existente con EL INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO ALTERNATIVO (ILSA), en la ciudad de Bogotá, a un “Taller sobre capacitación para mesas de trabajo, a nivel nacional, en materia de formulación de proyectos”. Con esto se pre-

tendía fortalecer su trabajo en el interior de la “Mesa de desplazados”, existente en la Seccional de la Facultad de Derecho.

2. Los COORDINADORES DE LOS DIFERENTES MÓDULOS, junto con sus docentes reflexionaron sobre los ejes temáticos y núcleos problemáticos del programa y elaboraron el respectivo documento como soporte del trabajo sobre módulos, a partir del segundo semestre del año 2003.

3. El COMITÉ DE AUTOEVALUACIÓN Y REGULACIÓN ACADÉMICA, coordinado por el Doctor Rodolfo Delgado Gamboa, durante este primer semestre, adelantó las gestiones tendientes a consolidar el INFORME FINAL DE ACREDITACIÓN y la revisión de los documentos que se presentarán como ANEXOS.

Igualmente, se destaca la elaboración del DOCUMENTO ÚNICO SOBRE LA FACULTAD DE DERECHO. En él se encuentra toda la información sobre la misión, visión, perfiles profesionales, proyecto educativo, el enlace de todos estos conceptos con nuestro modelo pedagógico modular y las funciones básicas desarrolladas por nuestra Facultad, fundamentada en la filosofía tomista. Este documento se encuentra en construcción permanente.

Igualmente, este Comité ha lanzado la idea de desarrollar la LINEA DE INVESTIGACIÓN denominada: “LOS FUNDAMENTOS PEDAGÓGICOS TOMISTAS Y EL SISTEMA MODULAR”, cuyo proyecto se encuentra en elaboración.

Así mismo, durante todo el semestre se llevaron a cabo jornadas de socialización con docentes y estudiantes sobre la misión, visión, proyecto educativo institucional, modelo pedagógico modular y demás avances obtenidos en el proceso de AUTOEVALUACIÓN DE LA FACULTAD y se hizo entrega del documento que contiene la información sobre el listado de investigaciones formativas (tesis de grado) realizadas durante los años de funcionamiento de la Facultad.

4. Un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho, de altas condiciones académicas y disciplinarias, en forma voluntaria, constituyeron un semillero de Investigación, con el fin de participar, como ponentes en el XXIV CONCURSO INTERNACIONAL DE ESTUDIANTES DE DERECHO. Se realizará en el CONGRESO DE DERECHO PROCESAL en la ciudad de Cali, en el mes de Septiembre. La ponencia versará sobre “LA BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL COMO INDICIOS DE VALORACION QUE DEBE TE-

NER EN CUENTA EL JUEZ EN EL PROCESO DE SIMULACION DE NEGOCIOS JURIDICOS CIVILES”, cuyo orientador es el Dr. José Luis Arias Rey. Su participación está avalada por el CONSEJO DE LA FACULTAD y constituye una muestra de cómo la Facultad apoya incondicionalmente los proyectos que articulen las funciones básicas educativas: la academia, la investigación y la proyección social, en especial, cuando se originen sus ideas de los mismos.

5. Dos docentes de la Facultad, los Doctores Julián Hernando Rodríguez Pinzón y Héctor Salas Mejía fueron enviados por nuestra Facultad, durante 15 días, a la ciudad de Bogotá, al “TALLER SOBRE TÉCNICAS DEL PROCESO ORAL Y METODOLOGÍAS DE LA ENSEÑANZA”, a través del convenio que la Universidad Santo Tomás ha suscrito con el PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO Y ACCESO A LA JUSTICIA, liderado por el CHECCHI AND COMPANY CONSULTING COLOMBIA, con el fin de fortalecer al interior de la facultad todos los procesos de preparación académica en materia de Oralidad.

6. Igualmente se destaca el viaje de dos representantes de nuestra Facultad, la Dra. Alexandra Santander (Secretaria de División de Ciencias Humanas) y el estudiante Juan Carlos Quiñones durante el mes de julio, del presente año, se desplazaron a la ciudad de KONSTANZ (Alemania), para participar en Cursos de Capacitación, dentro del CONVENIO DE INTERCAMBIO ACADÉMICO Y CULTURAL ENTRE LA UNIVERSIDAD DE KONSTANZ Y LA UNIVERSIDAD SANTO TOMAS. El estudiante referido presentó, ante la comunidad universitaria de Konstanz, una ponencia titulada: “Organización del poder público en el estado social de derecho colombiano y la manera cómo la rama legislativa ejerce control sobre la ejecutiva”.

7. Nuestra Facultad pidió a la UNIVERSIDAD DE LA SABANA, participar en los talleres para elaborar las preguntas de ECAES, examen que se aplicará para comprobación de las competencias, para ser abogado. Recibida la aceptación se seleccionó un grupo de docentes para la elaboración de preguntas internamente e intervenir en el tamizaje regional en la ciudad de Bucaramanga. Este grupo estuvo conformado por los doctores José Pablo Santamaría Patiño, Alexandra Santander Rodríguez, Miguel Montero Martínez, Javier Enrique Castillo Cadena y Matilde Gómez Bautista. Se logró una notable participación de la Facultad, lo que se hizo evidente ante los asistentes al tamizaje regional.

La Decana de la Facultad fue seleccionada para representar a las Facultades de la zona en el tamizaje nacional realizado a inicios del mes de julio, en la ciudad de Bogotá. Se destaca que varias de las preguntas formuladas por los docentes de esta Facultad fueron aprobadas en el tamizaje nacional y, por lo tanto, es posible que sean escogidas para aplicarse en el examen de Estado.

8. Durante todo el semestre, nuestra Facultad apoyó el trabajo desarrollado por el DEPARTAMENTO DE ADMISIONES, por considerarlo de vital importancia en la divulgación de nuestra Facultad. Dentro de ese trabajo se resalta:

a. Las actividades PROPEDEÚTICAS, para los aspirantes a ingresar al programa académico.

b. La participación en la actividad denominada "CONOCE LA SANTOTO", llevada a cabo, en el mes de Julio/03, en Cañaveral. En ella la Facultad participó con un stand, por el Consultorio Jurídico. Se prestó asesoría a la comunidad en general. La actividad estuvo coordinada por el Director del Consultorio Doctor Jorge Luis Gómez Suárez y monitores del mismo.

c. La intervención en la feria EXPOCIENCIA 2003, en la que se presentaron los diversos proyectos de investigación adelantados en la actualidad, y se informó a la comunidad en general sobre la Facultad.

9. La Decanatura de División de Ciencias Humanas desarrolla un plan de formación integral. Como resultado del mismo presentaron un "Taller de Formación en valores", en colaboración con los Departamentos de Bienestar Universitario y de Humanidades. Igualmente una conferencia sobre el flagelo del "Sida".

Así mismo esta Decanatura apoyó las actividades académicas de la Facultad, mediante la programación de una conferencia informativa sobre "El Referendo", que contó con la asistencia de 600 personas aproximadamente de toda la comunidad académica, actividad que contó con las ponencias de los Dres. Rafael Pardo Rueda y Raúl Pacheco Blanco.

10. En el mes de junio de 2003, tuvo lugar una reunión de las Seccionales de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, Tunja y Bucaramanga, en la Villa de Sáchica. En ella cada una presentó su propuesta de adaptación del pènsum académico al sistema de créditos, fruto de la misma, se generó un pènsum unificado, que empezará a regir una vez surta los trámites legales exigidos. Esto

facilitará la movilidad de los estudiantes entre las seccionales, el trabajo independiente del estudiante y mayores aportes investigativos.

11. La representación Estudiantil de la Facultad conformó diversos comités de trabajo. Ha sobresalido el Comité Cultural, que programó, como una exaltación del DIA DEL IDIOMA, actividades lúdicas y artísticas, en las cuales intervinieron los estudiantes de nuestra Facultad; a ellos se invitó a toda la comunidad académica.

12. En la reunión programada por la Universidad a través del Comité Institucional de egresados, con los abogados de la primera promoción, nuestra Facultad se hizo partícipe, mediante la programación de una conferencia, a cargo del doctor Jaime Enrique Rodríguez Navas, sobre el tema "Inconstitucionalidad por omisión legislativa".

13. El DEPARTAMENTO DE EDUCACION CONTINUADA de nuestra Facultad, coordinado por la Doctora Ileana María Bohada Harker, desarrolló un Seminario: "REFORMA AL CODIGO LABORAL, DE SEGURIDAD SOCIAL, CIVIL Y DE PROCEDIMIENTO CIVIL", al que asistieron aproximadamente 400 personas, con un excelente resultado por la calidad de sus conferencistas y la temática planteada. Los asistentes manifestaron su complacencia por la forma como esta actividad favoreció su quehacer profesional.

14. Con el Consultorio Jurídico dirigido por el Doctor Jorge Luis Gómez Suárez, se lideraron acciones tendientes a suscribir nuevos Convenios. Así con la "Oficina del Comisionado Nacional de Policía – Regional Nororiente", cuya ejecución se iniciará en agosto del 2003; con la "Casa de Justicia del Municipio de Floridablanca (El Carmen)"; ya está en ejecución. Con la Gobernación de Santander, se gestiona un convenio que empezará a operar en el mes de agosto del presente año. Así mismo, con el Colegio la Presentación de Piedecuesta, de las Hermanas de la Comunidad Dominicana, se adelantan gestiones para la suscripción de un convenio, que con los anteriores permitirá a los estudiantes realizar proyección social y prestar asesoría jurídica

Con el Departamento de Sistemas, se adelantaron las gestiones tendientes a consolidar la sistematización de la información del Consultorio Jurídico.

Así mismo, durante el semestre, se determinaron los espacios físicos necesarios, para ubicar las dependencias del Consultorio Jurídico,

en el Campus de Floridablanca- Edificio Santander. Próximamente iniciará sus actividades.

15. Con la O.N.G. "Opción, Justicia y Paz", de la Orden de Predicadores, la División de Ciencias Humanas y la Facultad de Derecho, han realizado acercamientos con el fin de generar programas que fortalezcan la investigación y la proyección social de nuestra institución, por ello se hizo la presentación de la misma en Conferencia a cargo del Reverendo Padre Omar Alberto Sánchez (Presidente), a la que asistieron un buen número de docentes y estudiantes.

16. En materia de Posgrados, es placentero comunicar a la comunidad la culminación de las actividades académicas de la primera promoción de estudiantes en la Especialización en Derecho Penal y la iniciación de las inscripciones para la segunda. En relación con el Posgrado en Derecho Administrativo, los estudiantes cursan la novena promoción y se prepara el inicio de la décima promoción. Respecto a la Especialización de Seguridad Social, se adelanta el proceso de inscripciones para la cuarta promoción. Frente a la Especialización de Contratación Estatal, es importante reseñar el desarrollo puntual de las clases correspondientes a la cuarta cohorte.

17. El Comité de Trabajos de Grado, coordinado por el doctor Dilmar Ortiz Joya, entrega la segunda publicación de la revista "Iustitia", producto del trabajo mancomunado de sus integrantes, de docentes y estudiantes y fruto de un esfuerzo común de investigación.

18. Igualmente, durante este semestre se generó una noticia de vital importancia para nuestra Facultad, desde el punto de vista del impacto que nuestros egresados generan en el medio judicial. Nos referimos a la designación del DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, egresado de la primera promoción de la Seccional y del Posgrado en Derecho Procesal, docente de nuestra Facultad, como MAGISTRADO DE LA HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA PENAL. Es el primer exalumno de esta seccional en desempeñar tal honorable cargo.

Así mismo, el egresado de la Seccional y docente de la Facultad Dr. JOSE ALBERTO DIETTES LUNA, fue designado como MAGISTRADO DE LA SALA PENAL DEL HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA.

19. Se destaca igualmente la participación de miembros de la facultad en altos cargos de la institución. Así, la del Dr. José Luis Arias Rey como representante de los docentes ante el Consejo Superior de la Universidad; la elección del estudiante Manuel Marín Santoyo, como representante de los estudiantes ante el mismo cuerpo colegiado; la elección de la Dra. Matilde Gómez Bautista, como representante de los docentes al Comité de Promoción y ascenso de la Seccional; la elección del Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas, como representante de los profesores ante el Consejo Académico Seccional.

Dejamos de esta forma a la comunidad en general la información contenida en estas notas.

Bucaramanga, Agosto de 2003.

Fr. RICARDO AZAEL ESCOBAR DELGADO, O.P.

Decano División Ciencias Humanas

Dr. MATILDE GÓMEZ BAUTISTA

Decano Facultad de Derecho

Dr. ALEXANDRA SANTANDER RODRÍGUEZ

Secretaria División Ciencias Humanas



San Raimundo de Peñafort, O.P.
(1175 - 1275)

Maestro en Derecho y Patrono de los
Juristas Católicos

PREGRADOS 2003

La Santoto Crece Contigo



• ARQUITECTURA

Título: Arquitecto. Duración: 10 sem. Jornada D.
Reg. ICFES. 170547200006800111100

• ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS AGROPECUARIAS

Título: Administrador de Empresas Agropecuarias. Duración: 10 sem.
Jornada D. Reg. ICFES. 170546306586800111100

• COMERCIO EXTERIOR

Título: Profesional en Comercio Exterior.
Duración 10 semestres. Jornada D.
Reg. ICFES. 170543820006800111100
Duración 11 semestres. Jornada N.
Reg. ICFES. 170543820006800111200

• CONTADURÍA PÚBLICA

Título: Contador Público. Duración: 11 sem. Jornada N.
Reg. ICFES. 170546570836800111400

• ECONOMÍA

Título: Economista. Duración: 10 sem. Jornada D.
Reg. ICFES. 170543300006800111100

• DERECHO

Título: Abogado. Duración: 10 sem. Jornada D.
Reg. ICFES. 170543400006800111100

• CULTURA FÍSICA, DEPORTE Y RECREACIÓN

Título: Profesional en Cultura Física, Deporte y Recreación.
Duración: 10 sem. Jornada D.
Reg. ICFES. 170547967906800111100

• ODONTOLOGÍA

Título: Odontólogo. Duración: 10 sem. Jornada D.
Reg. ICFES. 170546170606800111100

• OPTOMETRÍA

Título: Optómetra. Duración: 10 sem. Jornada D.
Reg. ICFES. 170546170756800111100

• TECNOLOGÍA EN LABORATORIO DENTAL

Título: Tecnólogo en Laboratorio Dental. Duración: 6 sem.
Jornada D. Reg. ICFES. 170526170696800112300

• INGENIERÍA MECATRÓNICA

Título: Ingeniero Mecatrónica. Duración: 10 sem. Jornada D.
Reg. ICFES. 170546290806800111100

• INGENIERÍA DE TELECOMUNICACIONES

Título: Ingeniero de Telecomunicaciones. Duración: 10 sem.
Jornada D. Reg. ICFES. 170543840006800111100

BUCARAMANGA: (7) 680 0801 EXT. 1261-1262-1263 - 01 8000 917 044 - Carrera 18 # 9-27 - admisiones@ustabuca.edu.co
BOGOTÁ: (1) 01 8000 11 11 80 - Carrera 7 # 51-51 Primer Piso - admi@usta.edu.co TUNJA: (8) 742 2423 / 744 5847 - Calle 19 # 11-64 - comunicaciones@ustatunja.edu.co
MEDELLÍN: (4) 234 1034 - Carrera 82 # 77 BB - 027 - admisiones@ustamed.edu.co UNIVERSIDAD ABIERTA Y A DISTANCIA: Carrera 18 # 9-27 - Teléfono (7)6718080



UNIVERSIDAD
SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
BUCARAMANGA

PERSONERÍA JURÍDICA 3645 DEL 8 DE AGOSTO DE 1985

Experiencia y Calidad

Bucaramanga
(7)6712677
01 8000 917 044
www.ustabuca.edu.co
INSCRIPCIONES ABIERTAS